

CHILE

Informe Anual de los Observatorios
de Sentencias Judiciales y de Medios - 2010

Los derechos de las mujeres en la mira



CHILE

Informe Anual de los Observatorios
de Sentencias Judiciales y de Medios-2010

Los derechos de las mujeres en la mira



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

CHILE, Informe Anual de los Observatorios de Sentencias Judiciales y de Medios-2010

Los derechos de las mujeres en la mira

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

ISBN: 978-956-8555-21-4

Autoras: Macarena Acuña Gerli, Claudia Castelleti Font, Fabiola Lathrop Gómez, Paulina Maturana Vivero, Helena María Olea Rodríguez y Patsilí Toledo Vásquez.

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

Mayo de 2011

Permitida su reproducción citando la fuente.

LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN LA MIRA

TABLA DE CONTENIDO

Presentación	5
Introducción	9
Las mujeres en los medios: la mediatización de una violencia (in)visibilizada <i>Macarena Acuña Gerli</i>	13
(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del Artículo 225 del Código Civil Chileno <i>Fabiola Lathrop Gómez</i>	39
Las instituciones de salud previsional en Chile: un sistema que ampara la desigualdad de género <i>Paulina Maturana Vivero</i>	79
Tentativa de parricidio, tentativa de femicidio: ¿Qué cambiará con la aplicación de la nueva ley de femicidio en Chile? Comentario en base a la sentencia RUC 00701 de 2010 <i>Patsilí Toledo Vásquez</i>	97
¿Las mujeres somos las únicas responsables del cuidado de los hijos? La persecución del delito de abandono de menores en Chile. Comentario crítico a la sentencia del TOP de Arica en causa RUC 0710014873-5 <i>Claudia Castelletti Font</i>	113
Las mujeres que demandan protección judicial contra la discriminación: el caso de Constanza Labraña <i>Helena Olea Rodríguez</i>	131
Apéndice: Extractos de sentencias	143

PRESENTACIÓN

Desde 2009 las instituciones que integramos la Articulación Regional Feminista de Derechos Humanos y Justicia de Género¹ comenzamos a trabajar en la creación de un Observatorio de Sentencias Judiciales para monitorear y difundir principalmente las sentencias de los tribunales superiores de justicia de seis países de América Latina². El proyecto, implementado bajo la coordinación de la organización argentina ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, comenzó a incorporar entre 2010 y 2011 el trabajo de relevamiento de decisiones judiciales de otros dos países de la región³.

Con el compromiso renovado en la importancia de visibilizar y analizar las decisiones de las Cortes en las formas en que reconocen o ignoran los derechos de las mujeres, ponemos nuevamente a disposición las publicaciones que recorren las principales decisiones de la justicia en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. La discriminación que enfrentan las mujeres en el respeto de sus derechos civiles, políticos, económicos y sociales, requiere de la activación de los mecanismos de exigibilidad jurídica previstos en los ordenamientos legales. Sin embargo, el acceso a la justicia es aún difícil de lograr en las condiciones de vulnerabilidad política y económica que viven las mujeres de la región, que no logran transformar masivamente sus demandas en acciones jurídicas.

En América Latina abundan los mandatos legales que condenan la desigualdad y la violación de derechos de las mujeres que, además, se encuentran ampliamente documentados en los informes de los mecanismos de seguimiento de los tratados internacionales y regionales de derechos humanos⁴. Pero para que el respeto pleno de los derechos de las mujeres se convierta en una demanda de la sociedad, será necesario permear los discursos más amplios que se ven representados, entre otros espacios, en los medios de comunicación.

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), La Cuerda (Guatemala), Equis: justicia para las mujeres (México) y DEMUS – Estudios para la Defensa de la Mujer (Perú). Más información en www.articulacionfeminista.org.

2 El Observatorio de Sentencias Judiciales reúne las decisiones de la justicia de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, como 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 El relevamiento y análisis de decisiones judiciales de Guatemala y México se incluye en la sección dedicada a Informes Especiales.

4 Por ejemplo, en las recomendaciones entregadas a cada país por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y en el Informe Hemisférico del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención de Belem de Pará (MESECVI).

Con ese objetivo, la Articulación Regional Feminista trabaja en el Observatorio Regional de las Mujeres en los Medios como una herramienta que permite dar seguimiento al tratamiento que los medios de comunicación impresa dan al tema de la violencia contra las mujeres⁵.

En las publicaciones del año 2010, cada una de las instituciones nacionales presenta los casos más relevantes que recibieron sentencias de las cortes de justicia y los analizan trazando relaciones con el contexto social y político en que se desarrollan.

Difundir los argumentos invocados, los principios legales establecidos y las resoluciones dictadas por los tribunales de justicia sigue siendo un aporte distintivo del Observatorio de Sentencias Judiciales, en contextos en que el acceso a la información pública en materia judicial es una de las grandes deudas pendientes de las democracias latinoamericanas⁶. En situaciones de creciente apertura de la interpretación jurídica, cuando las decisiones no deben tomarse ya por la sola aplicación dogmática de la ley sino de un modo más complejo que integre los códigos, las constituciones, los tratados internacionales y las decisiones de tribunales internacionales, conocer y difundir las decisiones de los tribunales nacionales que forman parte del derecho aplicable es fundamental para consolidar los avances y superar los obstáculos.

La base de datos del Observatorio de Sentencias Judiciales continúa creciendo en la recopilación de decisiones vinculadas con los derechos de las mujeres en temas tales como participación política, trabajo, salud sexual y reproductiva, violencia, derechos civiles, entre otros. De este modo, es posible identificar los casos que se litigan ante la justicia, qué derechos involucran, quiénes llevan adelante estos procesos, qué argumentos se invocan y cómo se resuelven.

Además, la información del Observatorio de Sentencias Judiciales permite tener alguna dimensión de los derechos que aún no logran penetrar en los discursos de la justicia, los argumentos ausentes, colectivos que no logran hacer visibles sus demandas. En ese sentido, la posibilidad de contrastar la información judicial con el monitoreo del Observatorio Regional de las Mujeres en los Medios y los derechos allí reflejados, abre un área novedosa para las indagaciones sobre la que vale la pena profundizar.

5 En algunos de los países de la Articulación Regional Feminista se da seguimiento también a otros temas relevantes como democracia y participación, empleo, salud sexual y reproductiva.

6 Enfrentamos un gran reto metodológico asociado a las dificultades de acceso a la información: no todas las decisiones de las cortes de justicia se encuentran disponibles en Internet u otros registros públicos. Además, los repertorios y revistas especializadas que publican sentencias en general suponen un recorte previo respecto de aquellas decisiones que divulgan.

Confiamos que el material reunido en esta publicación y en las bases de datos de acceso público y gratuito construidas a partir del Observatorio de Sentencias Judiciales y del Observatorio Regional de las Mujeres en los Medios, constituyan un aporte para las organizaciones y activistas que se involucran en la defensa y promoción de los derechos de las mujeres.

Agradecemos el continuo apoyo e interés en este proyecto y en el trabajo de las organizaciones que integramos la Articulación Regional Feminista. En particular, nuestro agradecimiento al invalorable aporte del Gobierno de Holanda a través del MDG3 Fund para este proyecto.

Buenos Aires, abril de 2011

Natalia Gherardi

Directora Ejecutiva

ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género

INTRODUCCIÓN

El presente Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2010 de Chile presenta una selección de artículos que se relacionan con temas centrales en el cubrimiento de los medios de comunicación a la violencia contra la mujer y en el papel de los tribunales de justicia en la protección de los derechos de las mujeres. En materia de respuesta judicial, esta publicación se refiere al cuidado de los hijos en caso de separación de los padres, a la constitucionalidad de las tablas de factores diferenciados en planes de salud por parte de las instituciones de salud previsual, al delito de femicidio, al delito de abandono de menores, y a las mujeres que demandan protección judicial contra la discriminación. Algunos de estos temas 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 salud y de la iniciativa legislativa sobre femicidio. Otros, como el cuidado personal de los hijos, pasan desapercibidos. Por último, algunas aparecen en los medios como crónicas judiciales, en los que se interesan por las particularidades de los hechos y las historias personales de sus protagonistas, como Constanza Labraña y Gabriela Blas Blas.

Durante el año 2010, el Observatorio de Sentencias Judiciales, proyecto de la Articulación Regional Feminista, de la cual hace parte Corporación Humanas, continuó con el trabajo en la base de datos de decisiones judiciales relativas a los derechos de las mujeres. Bajo la Coordinación del Equipo Latino de Justicia y Género, ELA, el proyecto se desarrolló y continuó recopilando decisiones emitidas por tribunales de justicia de Chile, incluyendo el 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.

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 y la discusión 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, particularmente a los operadores de justicia y a los intervinientes en el sistema judicial.

Aprovechamos esta oportunidad para agradecer a las autoras, quienes con sus reflexiones contribuyen al debate jurídico y a la inclusión de una perspectiva de género en el derecho.

Los Artículos

Los artículos dan cuenta de los temas más relevantes en el 2010. 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 sexual, el cuidado personal de los hijos, la discriminación en los planes de salud, la persecución penal del delito de abandono y la discriminación en la rendición de pruebas de selección universitaria para personas no videntes. Esperamos que las contribuciones que aquí presentamos generen discusión en torno al rol de los jueces y de los abogados y abogadas en la protección de los derechos de las mujeres, y sobre la pertinencia y necesidad desarrollar una perspectiva de género en el Derecho.

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, en la discusión relativa al cuidado personal de sus hijos, en la discriminación en los planes de salud, en la persecución penal contra ellas como autoras y víctimas de hechos punibles y en la discriminación en la educación. Enfrentadas a las situaciones descritas y frente a la respuesta estatal, las mujeres acudieron o fueron sometidas a los tribunales de justicia. La respuesta de éstos, en algunos casos, fue protectora de sus derechos y en otros casos no lo fue, llegando incluso a ser una violación más a sus derechos.

Macarena Acuña, periodista de Corporación Humanas, en “Las mujeres en los medios: La mediatización de una violencia (in) visibilizada” realiza un análisis de la cobertura de la prensa escrita en Chile sobre la violencia contra las mujeres. Entendido el rol fundamental de los medios de comunicación en la producción social, es decir, en la constitución de discursos sobre los temas de distinción de género, el informe pretende mostrar en un primer apartado un breve marco de antecedentes respecto a la violencia contra la mujer en Chile y su abordaje en los medios; para después analizar, desde un enfoque cuántico, la representación de la violencia de género en la prensa. Finalmente, se presenta un análisis del caso, llamado por los medios “Violador de La Reina”.

En “(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del Artículo 225 del Código Civil Chileno” Fabiola Lathrop, Profesora de Derecho de Familia de la Universidad de Chile, sostiene que la norma de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos, contenida en el artículo 225 del Código Civil chileno, es inconstitucional, pues se funda en una discriminación arbitraria, injusta, no razonable y desproporcionada, vulneradora del principio de igualdad jurídica y material.

Se analiza el caso chileno a la luz de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Comparado.

Al observar la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional de Chile, Paulina Maturana, abogada de Corporación Humanas, considera el caso particular de la diferencia en los valores de los planes de salud para hombres y mujeres en Chile, la cual fue examinada por los tribunales mencionados. El artículo que se titula “Las instituciones de salud previsional en Chile: un sistema que ampara la desigualdad de género”, contrapone el análisis de discriminación de los tribunales chilenos al que elaboró la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-18.

A partir de un caso particular, Patsilí Toledo, abogada e investigadora de la Universidad de Barcelona, analiza la tipificación del delito de femicidio, como parte de una tendencia en Latinoamérica. La autora analiza las consecuencias prácticas de esa modificación legal y considerada la existencia de atenuantes de la pena que refuerzan estereotipos de género y justifican la violencia contra la mujer, en el artículo titulado “Tentativa de parricidio, tentativa de femicidio: ¿Qué cambiará con la aplicación de la nueva ley de femicidio en Chile? Comentario en base a la sentencia RUC 00701 de 2010”.

Continuando en el ámbito penal, en “¿Las mujeres somos las únicas responsables del cuidado de los hijos? La persecución del delito de abandono de menores en Chile. Comentario crítico a la sentencia del TOP de Arica en causa RUC 0710014873-5”, Claudia Castelletti, de la Defensoría Penal Pública, desarrolla un análisis de género al tratamiento punitivo del delito mencionado. A partir de la argumentación del ministerio público y razonamiento judicial en el caso en referencia, se cuestiona la supuesta neutralidad y tratamiento igualitario entre hombres y mujeres, mostrando cómo en las normas y en su aplicación se plasman evidentes desigualdades de género. Particular referencia se hace al ideario de la mujer buena y a su aplicación en el caso de una mujer aymara que es condenada por el delito de abandono seguido de muerte de su hijo. Este artículo, además, introduce cuestionamientos poniendo de relieve la omisión al considerar la multiculturalidad en el Derecho.

Por último, Helena Olea en “Las mujeres que demandan protección judicial contra la discriminación: el caso de Constanza Labraña”, a partir del recurso presentado por una estudiante no vidente que no puede tomar la prueba de selección universitaria y de la respuesta de los tribunales, se examinan desde la sociología jurídica los factores y el proceso de una recurrente de protección, incluyendo su reacción frente a un fallo adverso. El artículo examina también los argumentos esgrimidos y las potencialidades de considerar estos casos desde una visión de litigio emblemático y no sólo como situaciones individuales de discriminación.

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, etc. Algunos de los artículos escritos consideran el impacto mediático en las decisiones judiciales en instalar debates públicos.

De los artículos reseñados, sin duda el más interesante desde esta perspectiva es el primero, que considera el tratamiento que los medios dan al autor de delitos sexuales. La consideración de la presencia de los medios y su influencia en la decisión judicial también está presente en el último artículo en el que se refleja cómo se consideran para la decisión elementos extra procesales que tuvieron exposición mediática.

Los demás artículos omiten referirse directamente a la prensa, aunque es imposible desconocer el impacto de los medios en el caso de la pastora aymara juzgada por el delito de abandono y en la tramitación de la iniciativa legislativa sobre femicidio. Asimismo, el debate en los medios fue relevante e importante en la discusión sobre la discriminación contra las mujeres y los adultos mayores en los planes de salud.

El segundo 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 las y los abogados que ejercen de manera privada el derecho, para instalar un debate público y crítico sobre las decisiones judiciales. Esperamos que esta nueva publicación contribuya a ese propósito.

Corporación Humanas

LAS MUJERES EN LOS MEDIOS: LA MEDIATIZACIÓN DE UNA VIOLENCIA (IN) VISIBILIZADA

Macarena Acuña Gerli

RESUMEN

El presente artículo realiza un análisis de la cobertura de la prensa escrita en Chile sobre la violencia contra las mujeres. Entendido el rol fundamental de los medios de comunicación en la producción social, es decir, en la constitución de discursos sobre los temas de distinción de género, el informe pretende mostrar en un primer apartado, un breve marco de antecedentes respecto a la violencia contra la mujer en Chile y su abordaje en los medios; para después analizar, desde un enfoque crítico, la representación de la violencia de género en la prensa. Finalmente, se presenta un análisis del llamado por los medios, caso del “Violador de La Reina”.

“Los surcos abiertos por el sexismo en las ordenaciones simbólicas y en los espacios ideológicos que éstas configuran, son tan profundos que hasta las filosofías más radicales y más honestas acusan algún bache teórico en el sentido mismo que éstos han marcado”.

Celia Amorós⁷

APROXIMACIONES AL FENÓMENO

La violencia contra las mujeres es la consecuencia central de la desigualdad y la discriminación entre hombres y mujeres, y al mismo tiempo, es la fuerza que la sustenta. Es por ello que se ha constituido en uno de los temas más relevantes de la agenda internacional en materia de derechos humanos, la que por medio de recomendaciones a los Estados, logra incorporarlo —no sin la ayuda del movimiento de mujeres— como un ámbito de preocupación en los países de la región⁸.

Chile, pese a que ha suscrito la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación (CEDAW)⁹ y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, más conocida como la Convención Belém do Pará¹⁰, no ha logrado tener progresos transformadores que eviten la vulneración de los derechos de las mujeres.

7 Amorós, C. (1991). *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Barcelona Anthropos, 1ª ed. 1985.p.52

8 La tendencia a tipificar en los códigos penales la violencia doméstica fue más o menos uniforme en la década del los 90 en la región.

9 Suscrita y ratificada por el Estado de Chile en el año 1989.

10 Suscrita y ratificada por el Estado de Chile en el año 1996. La Convención Belém do Pará fue adoptada en 1994 y firmada por todos los países de América Latina y el Caribe. Es la única convención de esta índole en el mundo, porque busca establecer un marco normativo para enfrentar la violencia contra las mujeres tanto a nivel internacional como regional.

En este sentido, si bien se ha avanzado en la incorporación de la violencia en contra de las mujeres convirtiéndolo en un tema público¹¹, es posible sostener que no se ha logrado un cambio sustantivo en la forma de conceptualizar, comprender y abordar este fenómeno desde el aparato público. “Chile no cuenta con una Política Pública Nacional en Violencia de Género que permita un abordaje coherente, coordinado y efectivo de esta problemática, como tampoco con un sistema de prevención que incida en los altos niveles de prevalencia de ésta”¹².

Es importante mencionar que en el año 2010, como parte de la tercera ola de cambios legales que plantean mirar la violencia contra las mujeres de manera más integral¹³, en el país se establece como figura penal el *femicidio*¹⁴. Este hecho sin duda significó un avance importante en materia de derechos de las mujeres, ya que visibiliza la violencia extrema contra las mujeres y lo hace constitutivo de delito. Sin embargo, es relevante que dichas normativas punitivas vayan acompañadas de políticas de prevención que apunten al cambio de conductas entre hombres y mujeres¹⁵, de manera de poner el énfasis en la violencia contra la mujer en su conjunto, y no en sus expresiones jurídicas específicas.

En este contexto las cifras son reveladoras. Chile es uno de los países en que las denuncias por violencia intrafamiliar superan los delitos de mayor connotación social¹⁶. De acuerdo a los datos entregados por el sistema del Ministerio del Interior¹⁷, la tasa promedio anual de denuncias de violencia intrafamiliar

11 En Chile el abordaje de la violencia contra la mujer ha estado asociado a la Violencia Intrafamiliar (VIF), y por tanto, al ámbito doméstico, lo que tiende a invisibilizar la violencia de género entre hombres y mujeres.

12 Maturana, P. Martínez V. (2010) Informe base de Derechos Humanos. Violencia contra las Mujeres. Corporación Humana.

13 Es decir, “incluir en leyes especiales el conjunto de políticas públicas, las entidades y recursos responsables para la prevención, sanción y erradicación de la violencia”. Fries, L, Hurtado, V (2010). *Estudio de la información sobre la violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe*. División de Asuntos de Género de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Publicación de las Naciones Unidas ISSN versión impresa 1564-4170. ISSN versión electrónica 1680-8967. Disponible en Internet [26 de marzo de 2011] <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/38978/Serie99.pdf>

14 Ley Nº 20.480 que modifica el Código Penal y la Ley Nº 20.006 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el femicidio, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio, publicada en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 2010.

15 Cuenta de ello da el Informe de la Relatoría Especial de Naciones Unidas (2006) sobre el principio de de Debida Diligencia.

16 Centro de estudios de la Mujer. CEDEM. *Género y espacio en la vida privada y pública en Chile*, Santiago. s.f.

17 Hasta la fecha, el sistema nacional de seguimiento y monitoreo de delitos de mayor connotación social, dependiente de la División de Seguridad Ciudadana del Ministerio del Interior, aparece como la vía oficial de información.

referida a mujeres en el 2006 fue de un 41,12%, subiendo en el año 2007 a un 45, 33%, para mantenerse en ese rango durante el año 2009¹⁸.

Sin embargo, de acuerdo al Informe sobre Violencia contra las Mujeres realizado por Corporación Humanas¹⁹, la Fiscal Metropolitana Occidente²⁰, reveló un panorama distinto, observándose un impactante aumento de las denuncias por violencia intrafamiliar en los últimos tres años en la Región Metropolitana. Conforme a los números proporcionadas, éstas experimentaron un crecimiento de un 200% en todo el país, y pasaron de 16.170 casos en 2006 a 49.049 en 2009. Según datos del Ministerio Público, ingresaron más de 117 mil causas en 2010 por concepto VIF, siendo los delitos con mayor presencia lesiones (65.064) y amenazas (43.896), que en conjunto representan el 89% de los ilícitos. Sumado a ello, según estimaciones del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), en el 2010 se registraron 49 femicidios²¹, en los que en un 73% de los casos nunca se había realizado una denuncia por violencia.

En Chile, como en gran parte de América Latina, los registros oficiales de datos suelen ser parciales y carentes de representatividad, dificultando el establecimiento de un panorama real de la violencia contra la mujer. El último estudio de prevalencia de la violencia conyugal realizado por el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) en el año 2008²², revela que en Antofagasta, Calama y Tocopilla, más de la mitad de las mujeres que ha vivido violencia física ha sufrido violencia grave. Desde ese año a la fecha, el organismo llamado por ley a “proponer al Presidente de la República las políticas públicas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas”²³ no ha publicado mediciones.

LOS MEDIOS UN (RE)PRODUCTOR DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Los medios de comunicación cumplen un rol fundamental en la producción de realidades y subjetividades. Ellos configuran el espacio estratégico primordial en la lucha por el poder simbólico, interviniendo en la construcción de las sociedades y con ello en las representaciones sobre los roles y los atributos asociados a las relaciones entre hombres y mujeres.

18 Fiscalía Ministerio Público de Chile. Boletín 2010.

19 Op Cit. Maturana, P. Martínez V. (2010)

20 Crónica del 1 de enero de 2010, Diario La Segunda: “Explosivo aumento de violencia Intrafamiliar: 200% en tres años”.

21 Las cifras en torno a este ilícito, son aproximaciones en base a las informaciones de la prensa.

22 SERNAM, (2008). “Detección y Análisis de la Prevalencia de la Violencia Intrafamiliar de la Región de Antofagasta” Dpto. Estudios SERNAM.

23 Ley Nº 20.066 de Violencia Intrafamiliar. “Artículo 1: Objeto de la ley: Esta ley tiene por objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma”. “Artículo 4: Corresponderá al Servicio Nacional de la Mujer proponer al Presidente de la República las políticas públicas para el cumplimiento de los objetivos de esta ley.”

En este sentido, los medios generan discursos que legitiman un orden social y sus respectivas convenciones, normalizando ciertos patrones y categorías con respecto a los sexos y reproduciendo una serie de imposiciones culturales que revelan una ideología de género dominante que desvaloriza a la mujer. En efecto, como lo plantea Teresa de Lauretis, si pensamos el género como una “ideología con la función de constituir individuos concretos en hombres y mujeres”, los medios de comunicación pasan a ser una instancia socializadora del género, que al reproducir estereotipos, desigualdades y jerarquías, construyen una ideología de género la que al ser legitimada opera como una tecnología²⁴.

Es por ello que a pesar de que ha habido avances significativos que han posibilitado la inserción de las mujeres en el ámbito público, su participación mediática continúa bajo una lógica tradicional que establece y posiciona a hombres y mujeres de manera arbitraria, neutralizando el reconocimiento y la legitimidad de las mujeres en la esfera pública.

Estudios en la materia muestran que la presencia de discursos tradicionales de las relaciones de género en los medios, contribuyen a producir y reproducir la hegemonía de un sistema jerárquico de valores que refuerzan las desigualdades y por cierto, perpetúan la violencia de género²⁵ en nuestras sociedades. Esta representación se puede ver reflejada en un monitoreo realizado sobre la presencia de mujeres en los medios de comunicación, realizado por el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), en el que se concluye que las mujeres son protagonistas en un 22%, a diferencia de sus pares hombres que lo hacen en un 65%; asimismo, en materia de violencia contra las mujeres, el estudio evidencia que uno de los roles mediáticos más abordados es el de mujer como “víctima” (7%)²⁶.

24 Para Teresa de Lauretis, “la construcción del género prosigue en nuestros días a través de las diversas tecnologías de género (como el cine) y diversos estudios institucionales (como la teoría) y tiene el poder de controlar el campo del significado social y por tanto de producir, promover e implantar la representación del género”, De Lauretis, T. (1996) “La Tecnología del Género”, diferencias, etapas de un camino a través del feminismo. España, Horas y horas, pp.33-69 En: DEMAC. (2009) “Medios de comunicación y violencia de género” (2009). Documentación y Estudios de la Mujer.

25 Entendemos violencia de género como “el ejercicio de la violencia que refleja la asimetría existente en las relaciones de poder entre varones y mujeres, y que perpetúa la subordinación y la desvalorización de lo femenino frente a lo masculino (...). La diferencia entre este tipo de violencia y otras formas de agresión y coerción estriba en que en este caso el factor de riesgo o de vulnerabilidad es el sólo hecho de ser mujer” En: Rico, N. (1996) *Violencia de género un problema de derechos humanos*. Serie Mujer y Desarrollo, CEPAL. p.18

26 SERNAM, (2009) “Observatorio de Género sobre la Imagen y el Discurso en referencia a las Mujeres en los Medios de Comunicación Social en Chile”. Estudios SERNAM, p 64.

Esto da cuenta que, pese a los avances en materia de equidad de género, en el discurso de los medios la mujer aparece “privadamente” y “privada” de integralidad y voz, ya que sigue siendo explicada y narrada por un estilo que podríamos llamar, masculino”²⁷. Así como el discurso sobre violencia contra las mujeres se estructura en base a elementos estereotípicos y superficiales –mitos, creencias, explicaciones, justificaciones- que permiten mantener en la sociedad el orden establecido.²⁸

Esta forma de organización de las relaciones humanas ha sido legitimada a lo largo de la historia por el peso de las costumbres, códigos legales permisivos, el silencio de víctimas y testigos, pero por sobre todo, por los discursos sociales. En ese sentido, la representación que los medios de comunicación hacen de la violencia contra la mujer es fundamental, en tanto la agenda mediática tiende a reforzar una imagen subordinada de las mujeres, y en consecuencia, colabora al mantenimiento de la violencia. Es decir actualmente los medios de comunicación masivos no son simplemente mediadores sino coproductores de lo social”²⁹.

En Chile, desde los años 90’ y hasta hoy, la violencia contra las mujeres ha sido uno de los principales asuntos –hasta hace poco considerados privados– que ha irrumpido y se ha instalado en la esfera pública adquiriendo un estatus público y legitimándose como parte de la agenda institucional y mediática³⁰. Pese a dicho discurso, la violencia contra la mujer (violencia intrafamiliar en Chile) aún es marginal respecto al resto de la pauta informativa³¹ y el entramado mediático continúa perpetuando estereotipos y representaciones sensacionalistas y superficiales que dificultan su comprensión estructural.

27 Cáceres, T. (2003). “Que hay de nuevo: Violencia contra la mujer y prensa escrita: banalización y silencio”. En: Humanas (2010). *La experiencia del gabinete paritario y su tratamiento en los medios de comunicación*. p.23

28 Lorente M. (2001) “Mi marido me pega lo normal. Agresiones a la mujer, realidades y mitos” Ares y mares. Barcelona. p.18. En: Vallejo, C. (2005) *Representación de la violencia contra las mujeres en la prensa española* (El País/El Mundo) *desde una perspectiva crítica del género*. Programa de Doctorado de Comunicación Social Binomio 2000-2002.Universidad Pompeu Fabra. p.48

29 Ossa. C (1999). *La pantalla delirante*. Edit. Lom.Chile.p. 12

30 Lagos.C. (2008) *El feminicidio según la prensa chilena: otra forma de violencia contra las mujeres*. Tesis para optar al grado de magíster en estudios de género y cultura, mención ciencias sociales. Universidad de Chile.

31 Un estudio del SERNAM, en que se mide la frecuencia de aparición de los temas en medios de prensa escrita nacional, revela que la cobertura sobre la violencia es de 8,7%, en comparación con un 34, 2% en deporte y un 18,8 % en cultura y espectáculo. Op Cit, SERNAM, (2009).

LA MEDIATIZACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES³²

El análisis dispuesto a continuación se fundamenta en el carácter estructural de las noticias, el cual está determinado por el proceso de producción de las informaciones. En este sentido es que establecemos que la presentación de las noticias obedece a una distribución jerárquica del medio dentro de una disposición relativamente definida, denominada *superestructura*. Para Van Dijk, ésta se define como la manera en que se organiza y clasifica el contenido –la macroestructura– en un número de categorías que tienen naturaleza jerárquica”³³.

De esta forma, por medio de la observación y registro de diversos aspectos de las piezas periodísticas, se evidencian elementos centrales vinculados a la cobertura, organización, tematización y tratamiento realizado por los medios a las informaciones, de manera de evidenciar las construcciones simbólicas sobre la violencia contra las mujeres que representa la prensa³⁴. En este sentido, este nivel de análisis nos permitirá establecer las orientaciones, las ausencias, las “acumulaciones y tendencias” de las informaciones, así como también, expresará de forma válida y objetiva el significado predominante del texto³⁵.

Focalización

En el periodo de monitoreo, que fue del 1 de mayo al 31 de diciembre de 2010, se recogieron 303 noticias vinculadas a violencia contra las mujeres en 10 medios de prensa escrita, siendo el que mayor cobertura tuvo el diario *El Mercurio*, con 21,5 %³⁶. Es importante considerar que este medio es el mayor conglomerado

32 La metodología utilizada responde a los criterios establecidos en el Observatorio Regional de Medios y Mujeres. Disponible en Internet en <http://observatorioregionaldemedios.org/index-2.html> y en <http://observatorioregionaldemedios.org/Doc/Aclaraciones-metodologicas-Argentina.pdf>

33 *Estructuras textuales de las noticia de prensa*. Análisis. Cuadernos de comunicación y cultura, 7/8, Marc, p85. [15 de marzo de 2011] Disponible en Internet <http://www.discursos.org/oldarticles/Estructuras%20textuales%20de%20las%20noticias%20de%20prensa.pdf>

34 El enfoque es simbólico en la medida que “permite identificar los valores que las culturas particulares otorgan a lo femenino y lo masculino. Esos valores a la vez nos dan pistas para conocer las ideologías de género que operan e la sociedad. Montecino, S. (1996) “Devenir de una traslación: de la mujer al género o de lo universal a lo particular”, en Montecino, S. y Rebolledo, L. *Conceptos de género y desarrollo*. Programa Interdisciplinario de Estudios de Género (PIEG), Serie de Apuntes, Santiago. p.25.

35 McQuail.D (1991). *Instrucción a la teoría de la comunicación de masas*. Segunda edición. Ed. Paidós, Barcelona.

36 De los medios monitoreados a nivel nacional, lo siguen el diario *La Tercera* (15,5%), *La Cuarta* (14,2%), *Las Últimas Noticias* (13,2%), y *La Nación* (12,9%). Entre los medios de comunicación escritos de circulación regional, *Publímtero* (10,9%), *La Segunda* (5,9%), *La Hora* (5%), (0,7%) y finalmente *Estrategia* (0,3%). Se contemplaron dos noticias de la revista *The Clinic* (0,7%). En base a ello, la cobertura por la prensa de circulación nacional (79,2%) fue superior a la regional (20,8%).

de prensa escrita del país, lo cual le da un poder casi monopolístico sobre toda la estructura de medios en Chile y, en ese sentido, es relevante advertir que el marco de influencia y liderazgo que tiene en la opinión pública es mayor³⁷. En este sentido, su agenda informativa, que se estructura en base al mercado como forma de garantizar la pluralidad³⁸, reconoce como parte de su agenda la temática de la violencia contra las mujeres –“efecto agenda”– pero aún de forma marginal y enfocado en la violencia como un acontecimiento jurídico-policial.

El mes de junio, por su parte, fue en el que hubo una mayor cantidad de informaciones, siendo el caso más cubierto el del –llamado por los medios– “Violador de Ñuñoa”. Esta representación mediática sobre la violencia sexual resulta emblemática en cuanto se evidencia el rol protagónico de la prensa en la producción de sentidos, en tanto configuró en el espacio público un discurso y una imagen distorsionados sobre la realidad. En este caso, condenatorios hacia el “violador”³⁹, antes de su propio dictamen judicial.

Este tratamiento noticioso tuvo sus efectos, y puso en tela de juicio el papel de los medios a la hora de abordar informaciones sobre la violencia contra las mujeres. En efecto, en su búsqueda por encontrar culpables, estigmatizaron a una persona inocente, más aún lo representaron con el arquetipo de violador frecuentemente narrado por los medios. (De bajo estrato socioeconómico, drogadito, bebedor y violento). En este sentido, es importante atender a la recurrente espectacularización con que se aborda este tipo de casos –y en general todo lo relativo a la violencia–, donde se presenta un único escenario desde donde comprenderla, en tanto su visibilización se convierte en elemento de consumo⁴⁰.

En consecuencia, se sobredimensiona la gravedad y la frecuencia de ciertos acontecimientos, al tiempo que otros hechos de violencia contra la mujer (como por ejemplo la violencia doméstica) son condenados como parte de lo excepcional.

37 La tradición investigativa de la teoría de la comunicación atiende al grupo mercadológico al que apuntan los medios, asumiendo las evidencias empíricas que indican que cuanto más alta es la posición socioeconómica de una audiencia (circulación total de la semana 155.877 y sector socioeconómico objetivo alto y medio alto (ABC1-C2)), mayor también es su capacidad de influencia y liderazgo de opinión. En Humanas (2010).p.96.

38 Sunkel, G., Geoffroy, E. (2002). *Concentración económica de los medios de comunicación: peculiaridades del caso chileno*. Comunicación y Medios, p. 136.

39 Algunos de los titulares que abundaron en la prensa en el periodo fueron: “Corte mandó a la jaula a presunto violador de la bici”; “Polis cepillan a acusado de violar a niña”; “Violador de la bicicleta aterroriza a Ñuñoa”.

40 Carter, C., G Brandston y S. Allan (1998) *News, gender and power*, Nueva York, Routledge. En Espinosa. A. (2009). *Medios de Comunicación y violencia de género* Red Demarc. Año 11, nº 32.Madrid, España.

En efecto, la cobertura de los casos de violencia sexual –así como los asesinatos– suelen primar sobre los otros tipos de violencia. Un estudio del Observatorio Regional de Medios, realizado a 72 medios de prensa escrita en seis países de América Latina en noviembre en 2009 así lo demuestra, ya que la violencia sexual aparece como la temática más cubierta, con un 30%, luego de “todo tipo de violencia” que presenta un 31%⁴¹.

Esto también se condice con los datos arrojados en este estudio, donde la temática de la violencia sexual es antecedida sólo por “todo tipo de violencia”, representando un 22,4 % de la cobertura. Es importante advertir que sumado al caso del “violador de Ñuñoa”, se visibiliza en el periodo el caso del “Violador de la Reina”, la sentencia al caso del llamado “Chacal del Puerto” y una acusación por abuso sexual en el Senado, por nombrar los más cubiertos.⁴²

En el caso de la violencia sexual, las informaciones están enfocadas mayoritariamente a los “procesos judiciales”, con un 61%, seguido por “detención y captura” con un 13%. En estos casos, las narraciones se establecen desde un proceso formal, que expulsa de sus márgenes criterios de cualquier otra naturaleza, en este caso, que enmarquen la violencia desde su dimensión de género.

“Crimen de diseñadora: ordenan peritaje siquiátrico a esposo”⁴³; “Piden prisión perpetua efectiva para asesino y violador de Francisca”⁴⁴.

Temas de las noticias publicadas

Tipo de Violencia	Porcentaje	N° de noticias publicadas
Todo tipo de violencia	36,6%	102
Violencia sexual	22,4%	68
Asesinato	22,4%	68
Femicidio	14,8%	49
Violencia física	4,9%	16

En “todo tipo de violencia”, las informaciones hacen alusión a casos en que una mujer ha sufrido más de un tipo de violencia por parte del agresor. En

41 Barbosa. F. (2010) *La violencia contra las mujeres en las noticias*. Observatorio Regional de Medios. Articulación Regional Feminista. (Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú).

42 Ñuñoa y La Reina son dos comunas de la región metropolitana de Santiago, el Puerto hace referencia a la ciudad de Valparaíso. En los tres casos se identifica a los presuntos autores con el lugar geográfico donde habrían cometido los delitos.

43 *La Tercera*, 28 octubre de 2010.

44 *El Mercurio*, 4 de mayo de 2010.

general las informaciones son alusivas noticias sobre violencia intrafamiliar, focalizándose principalmente en “campañas” (28), “procesos judiciales” (24) y “acontecimientos” (11). El alto número de notas referentes a “campañas”, tiene que ver con el alto impacto mediático⁴⁵ de una publicidad emitida en el mes de noviembre –a raíz del día internacional de la violencia contra la mujer– por el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM).

Dada su mediatización, es relevante apuntar algunos elementos. El *spot*, que fue transmitido por televisión abierta tenía como mensaje “Maricón es el que maltrata a una mujer. Digámoslo al que se lo merece”, y fue interpretado –en tres emisiones diferentes– por figuras reconocidas en el medio televisivo y deportivo: un personaje de la farándula (públicamente asumido homosexual), un actor de teleseries y un árbitro de fútbol; por lo que fue bastante llamativa y controvertida.

En efecto, llamativa incluso para los mismos medios, que por medio de las notas periodísticas le daban criterio de realidad:

*“La docena de compañeras de trabajo y amigos de Rosa Alejandra Pino Araneda (37), probablemente no cachaban la campaña que lanzó el Sernam contra la violencia hacia las mujeres, pero al terminar la formalización de Jonathan Gámez gritaron a todo pulmón el directo mensaje: “Maricón””*⁴⁶

Y por otro lado controvertida, porque al utilizar la palabra “maricón” –que en Chile está vinculada con la homosexualidad desde una lógica peyorativa– para apuntar al agresor, refuerza una estructura de dominación y agresión presente en el concepto; por lo que para algunos lectores la campaña resultó ser confusa.

Esto queda de manifiesto en algunas opiniones expuestas en la prensa, en que el debate se desenvuelve entre las concepciones lingüísticas y simbólicas que contempla la utilización de “maricón” como parte de la campaña:

“No puedo comprender la campaña del Sernam en contra de la violencia intrafamiliar. Con un fin noble, el Gobierno reafirma la calificación

45 Según declaraciones de la coronel Marta Salcedo, directora de la Dirección de Protección Familiar del Departamento de la Familia de Carabineros de Chile al medio Terra.cl “Los primeros 20 días antes de la campaña se recibieron 1.243 denuncias al 149. Sin embargo, en los 20 días posteriores a iniciada la cruzada en los diferentes medios de difusión, la cifra aumentó a 2.194, con un promedio de 109 llamadas diarias”. [3 de marzo de 2011] Disponible en Internet http://www.mujereshoy.com/secc_n/3858.shtml [26 de marzo de 2010].

46 *La Cuarta*, 28 de octubre de 2010.

negativa de parte de la sociedad a la homosexualidad, vinculándola con la violencia. Todos sabemos que el porcentaje mayor de hijos y parejas son hombres heterosexuales. Para esos hombres violento hay sólo una palabra: cobardes”⁴⁷

“Creo que la contrario de lo que ella manifiesta, el uso de esa palabra en la campaña la desvincula completamente de la homosexualidad, ya que su sinónimo en este caso sería la palabra cobarde”⁴⁸

En el caso de los asesinatos (22,1%) y femicidios (16,2%) presentes en el corpus de análisis, el estudio nos arroja que más de la mitad de las informaciones sobre estos casos son abordadas de forma acontecimental (67,1%), por lo que no se suministra información de contexto que permita una mayor comprensión del problema. En esa misma lógica, si nos fijamos en el número de notas periodísticas sucesivas que hay de un caso de femicidio, por ejemplo, podemos evidenciar que las noticias en esta materia por lo general son sólo de un día, por tanto, no hay un desarrollo de los casos.

En ese sentido es que las narraciones se construyen como relatos unitarios que reproducen lo excepcional, en donde la mujer es o anormal o ha sufrido una situación fuera de lo común⁴⁹. Es por ello que en este tipo de periodismo atemporal, argumenta Sunkel, nos encontramos con la *impronta narrativa* “con lo cual no nos referimos sólo a las estructuras formales, sino también a la presentación o resolución de conflictos, apelando más que a la información concreta, a situaciones arquetípicas”⁵⁰, impidiendo visibilizar de esta manera los elementos estructurales del fenómeno.

Desde este enfoque, los relatos que priman en este tipo de cobertura son de carácter sensacionalista y espectacular, cuyas raíces se encuentran más bien fundadas en la producción de “emociones e impresiones, más que en procesos racionales y analíticos”⁵¹. En consecuencia, la violencia contra las mujeres por motivos de género se diluye en “un claro sesgo hacia lo dramático”⁵².

47 Campaña del Sernam II, *El Mercurio*, 29 octubre 2010.

48 Campaña del Sernam. *El Mercurio*, 31 de octubre de 2010.

49 Fernández, N. (2003). *La violencia sexual y su representación en la prensa*. Ed. Anthropos. Barcelona.

50 Sunkel, G. (2002) *La prensa sensacionalista y los sectores populares*. Editorial Norma. Colombia. p. 123.

51 *Ibíd*em, p.18.

52 *Ibíd*em, p. 125.

Así se puede evidenciar en la publicación de *La Tercera*⁵³:

“Ya me estay engañando con otro tipo”, le dijo a la mujer que había vencido un cáncer. La víctima que estaba acostada no respondió. “Ahí me dio la india y fui a buscar un cuchillo a la cocina” (...) Una llamada de carabineros alertó que una mujer estaba siendo agredida en la vivienda cuyo antejardín luce una rosa roja lánguida. Al mismo tiempo Pedro volvía a la casa que siempre está cerrada con candado. No pudo entrar, tuvo que ingresar por el patio de un vecino (...) Adentro vio a su padre sobre el tejado y con una herida en el cuello. “La maté, la maté “gritaba el electricista”.

De esa manera, los medios de comunicación comienzan a llenar sus espacios con las mencionadas crónicas rojas⁵⁴. Provocando “llamar la atención sobre los aspectos más dramáticos para buscar espectacularidad puede aumentar la conmiseración por las víctimas pero hacer, al tiempo, que se pierda la perspectiva global”⁵⁵. Este tratamiento en los medios es lo que ha reforzado que la sociedad considere trivial, e incluso natural, la violencia contra las mujeres, ocultando su carácter cotidiano.

El concepto de *femicidio*, que se comenzó a utilizar en la prensa en el año 2007, es mencionado en el corpus de prensa analizado “de manera esporádica, errática y, a veces contradictoria”⁵⁶, aunque se puede evidenciar una mayor visibilización de éste a raíz de la discusión del proyecto de ley que lo tipifica (67%), lo que por cierto fue bastante mediático. Pese a ello, el debate sobre éste en los medios, se dio fundamentalmente desde un enfoque normativo y procedimental, en tanto se remite mayoritariamente a la discusión de las penas y a su constitucionalidad.⁵⁷

53 *La Tercera*, 11 diciembre de 2010. “Hombre de 85 confiesa haber matado a su esposa por celos”.

54 Crónica Roja es el “género informativo por el cual se da cuenta de eventos (o sus consecuencias) donde se encuentra implícito algún modo de violencia –humana o no– que rompen lo común de una sociedad determinada y, a veces también, su normatividad legal. Ahí caben los relatos sobre hechos criminales, catástrofes, accidentes o escándalos en general, pero expuestos según un código cuyos elementos más identificables son los encabezados impactantes, las narraciones con tinte de exageración y melodrama, entre otros” En: Arriaga O. (2002). “ La nota roja: ‘Colombianización’ o ‘mexicanización’ periodística, Sala de prensa, Vol 2 [19 de marzo de 2011] Disponible en Internet en www.saladeprensa.org/art375.htm

55 RTVE (2002). *Mujer, violencia y medios de comunicación*. (dossier de prensa). Instituto Oficial de Radio y Televisión. Instituto de la Mujer. Madrid. En: DEMAC (2009) *Medios de Comunicación y Violencia de Género. El caso del asesino cumbres*. p.6

56 Lagos. C., op.cit (2008) p.53.

57 Se discutió si sería violatorio de las garantías constitucionales establecer una mayor pena para el delito de homicidio en función de la relación de pareja o ex pareja entre la víctima y el actor del hecho punible.

Asimismo, al igual como se ha mostrado en otros estudios⁵⁸, en las notas se puede observar que los medios no se han apropiado del concepto, sino más bien lo utilizan como un recurso descriptivo –femicidio en tanto homicidio de una mujer– o como una forma de cifrar la cantidad de muertes y no en su dimensión política y con connotaciones de desigualdades de género.

En este sentido, es común ver en la prensa frases como:

“Cavernícolas se mandaron otros dos femicidios”⁵⁹; “Este caso se convirtió en el número 22 de los llamados femicidios”⁶⁰ : “Van 43 femicidios en el año y llaman a promulgar la ley”.⁶¹

La utilización de las cifras para aludir a la víctimas dan la idea de fiabilidad, exactitud y “contienen en sí mismas los ingredientes hiperbólicos que los hacen atractivos a los ojos de los lectores”⁶². Adicionalmente, relevar el número le concede mayor importancia a la muerte que a las protagonistas y elementos relacionales que la sustentan.

Según el estudio “El feminicidio según la prensa chilena: otra forma de violencia contra las mujeres” en 2008⁶³, los periodistas que cubren violencia, expresaron que la forma de abordar los femicidios se explica por dos aspectos: uno, no referirse al concepto por decisión editorial (como el caso de *Las Últimas Noticias*), puesto que “se toma como un hecho más que compite con los otros. O sea, un homicidio y listo”⁶⁴; y dos, utilizarlo en la medida en que las fuentes oficiales sí lo han incorporado. Esto último, si bien aún es efectivo, se pudo ver que en el periodo de estudio hubo mayor utilización del concepto por las fuentes institucionales a raíz de la discusión en torno al proyecto de ley; sin embargo, dicha conceptualización no necesariamente está cargada de la politicidad estructural que tiene como base el término femicidio.

Finalmente, la temática que presenta menor atención mediática en el periodo es la “violencia física” (5,6%), lo que deja en evidencia la falta de interés periodístico por cubrir este tipo de informaciones. En efecto, Miryam Meyers ha observado que, por la imposibilidad de abordar todos los crímenes que ocurren cada día, los periodistas han desarrollado lo que ella llama una “jerarquía del crimen” en la

58 Lagos, C., op.cit. (2008).

59 *La Cuarta*, 14 de junio de 2010.

60 *EL Mercurio*, 14 junio de 2010.

61 *La Nación*, 7 diciembre de 2010.

62 Fernández, N., op.cit. (2003) p. 134.

63 Lagos, C., op.cit. (2008).

64 Ibidem, p.54.

cual el asesinato es considerado como la agresión más seria y, por tanto, la más importante de cubrir.⁶⁵ En ese sentido es que los delitos que tienen que ver con agresiones físicas y violencia psicológica son infra representados.

Sin embargo, y como hemos comentado con antelación, sobresalen de dicha cobertura aquellas informaciones que sí cumplen con los criterios de “espectacularidad”, que en el caso de las noticias estudiadas están dadas porque los actores que protagonizan las informaciones pertenecen al medio televisivo. En este sentido, en el periodo uno de los casos más mediáticos fue el de un actor de teleseries acusado por su pareja de violencia intrafamiliar:

“La peor teleserie de Falcón: Lo acusan de violencia intrafamiliar”⁶⁶

Como se ha evidenciado en el periodo de análisis, el enfoque respecto a la violencia contra las mujeres estuvo principalmente en los “procesos judiciales” (26,1%), los “acontecimientos” (22,1%), “proyectos de ley” (11.9%) y “campañas” (9,2); sin embargo, elementos como la “prevención” (4%) y las “cifras o estadísticas” (1%) que, en general aluden “todo tipo de violencia”, aparecen en las informaciones de manera bastante reducida. Este aspecto, que si bien podría ayudar a contextualizar el marco de la violencia de género en Chile, no termina siendo un recurso válido para la prensa.

Géneros periodísticos

Durante el periodo de análisis, la información registrada se presenta en su mayoría bajo el género periodístico de “noticia” (46,9%), seguido por “breve” (23,1%) y “crónica” (12,2%). Estas tres formas de narrar la información suelen ser las más comunes a la hora de abordar la violencia contra las mujeres y, lamentablemente, son géneros que no permiten contemplar a cabalidad la realidad de la violencia. En general, en el periodo se puede ver que tanto “crónica” como “breve”, cubren en su mayoría informaciones sobre mujeres asesinadas, que son en general abordadas bajo la lógica acontecimental, es decir, como un suceso particular que ocurre a un número de mujeres, dejando de lado todo relato contextual que evidencie las relaciones de poder desiguales que constituyen el fenómeno.

El género de opinión, si bien no es habitual en este tipo de temática, presentó en el periodo 31 notas (10,2%). Este hecho se desprende porque hubo dos situaciones que generaron un gran debate en los medios: la campaña del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) –antes mencionada– y la discusión legislativa sobre femicidio.

65 Vallejo, C. op.cit . (2005) p. 119.

66 *La Cuarta*, 7 septiembre de 2010.

Es importante mencionar, para efectos del análisis, que el debate sobre la aprobación de la ley de femicidio implicó en el campo de la prensa una amplia visibilidad, incluso presentó una portada (*La Nación*) y fue editorial de dos medios de circulación nacional (*El Mercurio* y *La Nación*). En este marco mediático, si bien las informaciones evidencian que la violencia contra las mujeres es un problema público de relevancia social, su debate se dirige mayoritariamente a relatar aspectos procedimentales y normativos, más que una discusión en el marco de los derechos de las mujeres y a lo que el derecho internacional respecta (CEDAW-Belém Do Pará). En relación a esta temática, sólo dos noticias hicieron referencia a los Derechos Humanos.

En este sentido, en la editorial de *La Nación* del 29 de octubre de 2010 se menciona:

“(...) este carácter tan profundo –e incluso arraigado– de la práctica de dominación masculina no puede inhibir que las institucionalidades modernas y democráticas legislen en función de los derechos humanos, sobre todo de quienes son materialmente más vulnerables. En esta última categoría se encuentran las mujeres (...)”.

El estudio reveló que sólo un 3% de las informaciones hacen referencia a los derechos humanos y que de ellas sólo cuatro notas hicieron mención a los derechos humanos de las mujeres. La omisión sobre la vulneración sistemática de los derechos de las mujeres dificulta la comprensión respecto a la responsabilidad social que implica que este derecho sea garantizado. En ese sentido, el Estado es el principal responsable de proteger, garantizar y promover los derechos de las personas a través del desarrollo de políticas públicas, mientras que los medios de comunicación, mediadores y actores políticos, tienen una cuota importante de responsabilidad a la hora de producir informaciones, en el entendido de que el derecho a la información es un instrumento para el ejercicio de otros derechos, y tiene un efecto preventivo, independiente del uso que se haga con esa información⁶⁷.

Es por ello que es necesario mediatizar los derechos como una de las estrategias indispensables: “La visibilidad de los derechos constituye, persuasivamente, la jurisdicción. El derecho es retórico por naturaleza, pero la retórica depende de los canales de difusión, necesita publicidad. Es necesario que la propaganda y los medios de comunicación en general trabajen a favor de la evitabilidad y no en su contra”⁶⁸.

67 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian ‘El acceso a la información como derecho’, Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público (2000) Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales.

68 Sagato.R. (2003). *Las estructuras elementales de la violencia: contrato y status en la etiología de la violencia*. Serie Antropología. N° 334. Brasilia. En Op Cit. Op.Cit Lagos.C. (2008) p. 134.

REPRESENTACIÓN DE LAS MUJERES EN LOS MEDIOS

Un elemento central en este tipo de coberturas y, en general, en el tratamiento que dan los medios a las informaciones, es la presencia de discursos estereotipados y representaciones discriminadoras que dificultan una comprensión estructural sobre la violencia contra las mujeres.

En ese sentido, si bien se ha destacado el papel visibilizador de los medios de comunicación al sacar a la luz pública un problema “privado”; eso sólo es el principio, ya que tan importante como mostrar la violencia contra las mujeres a partir de su inclusión en la agenda informativa es la manera como lo aborda y explica. De igual forma lo expresan Alberdi y Matas, al enfatizar que no es suficiente con denunciar el síntoma, sino que los medios deben dejar de contribuir a su desarrollo a través del mantenimiento de estereotipos de género⁶⁹.

Las piezas periodísticas estudiadas, en este sentido, muestran que las informaciones sobre violencia contra las mujeres hacen alusión a éstas como sujetos centrales de la noticia sólo en un 29%, siendo el hombre el eje central desde donde son relatadas (50,2%)⁷⁰. Esta visión androcéntrica, provoca que las mujeres queden marginadas e invisibilizadas del espacio textual y, por ende, refuerza las asimetrías de género dentro de contextos socio históricos específicos. A este elemento se suma que la mayoría de las mujeres son relatadas y, por ende constituidas en su relación con otros; es decir, “conviviente”, “esposa”, “pareja”, “ex pareja”, “cónyuge”, “ex polola”, “novia”, “amante”, madre”, entre otras representaciones, o simplemente, son anuladas de la narración.

Por medio del análisis del corpus de noticias, podemos establecer que la relación que se evidencia entre mujeres y hombres en contextos de violencia de género, es la que reproduce los estereotipos de víctima/victimario. Este binomio legitima un orden simbólico del mundo en que hombres y mujeres representan órdenes opuestos, el que se evidencia “cuando la categoría asignada a la mujer que aparece en el relato no se corresponde a la asignada al hombre. El contraste, destaca la desigualdad y legitima los procesos que llevan a ella⁷¹.

69 Aleberdi, I. Matras, N. (2002). *La violencia doméstica. Informe sobre malos tratos a mujeres en España*. Fundación La Caixa, Barcelona. En: Op Cit. Vallejo, C (2005) p. 116.

70 El 69, 8 % de las mujeres no pertenece a ningún sector, solo un porcentaje minoritario forma parte del Poder Judicial (11,6); el Ministerio Público, el Poder Legislativo y la Educación (4,7%).

71 Fernández, N., op.cit. (2003) p. 130.

Esto se puede constatar al ver que las mujeres en su mayoría fueron representadas como víctimas (61%). Este arquetipo, frecuente en los medios, rigidiza los atributos femeninos como sujetas pasivas, débiles y carentes de iniciativa. Si bien las mujeres asesinadas en estricto rigor son víctimas de un crimen, no necesariamente son frágiles⁷², pero en los medios rara vez se les representa con una actitud activa y defendiéndose. Esta omisión, así como la reiteración de una imagen y su univocidad, perpetúan un tipo de ser mujer en un contexto de violencia y, por tanto, produce y reproduce un orden social establecido.

Desde la vereda contraria a la de las mujeres –pero complementaria a la vez– son relatadas las construcciones respecto a los hombres como protagonistas de las agresiones. Se trataría en su mayoría de representaciones que comúnmente los asocia a seres irracionales y nublados por las emociones en función de recuperar el orden perdido. Orden que, por cierto, es esgrimido por los relatos periodísticos en tanto las mujeres al salir/se de su sitio (doméstico) son violentadas por los hombres amenazados de perder su lugar “natural” en el espacio público.

De esta manera, los medios les atribuyen ciertas características que los remiten a imaginarios de género como el hombre violento (“bestias”); con enfermedades mentales (obsesivos, paranoicos, locos); adicciones a drogas y/o alcohol; e incluso construcciones que, basadas en el “móvil sentimental”, parecen clarificar actos de violencia que se tornan “inexplicables”, como se puede ver en estos ejemplos de prensa:

“Si un troglo felpea a su Eva frente a su ojos, denuncie”, y Cavernícolas se mandaron otros dos femicidios, “Capturan a peruano ilegal por bestial crimen de nanita”⁷³.

“Hombre de 85 años confiesa haber matado a su esposa tras ataque de celos” (...).El hombre asegura que la mujer le era infiel⁷⁴”.

“Hombre mató a mujer y luego se suicida” (...) “el crimen habría ocurrido por celos del marido luego que la mujer llegara tarde a su casa”⁷⁵

72 Según datos de la División de Seguridad Pública del Ministerio del Interior, entre los años 2006 y 2008, las denuncias han aumentado en un 68%.

73 *La Cuarta*, 10 de noviembre de 2010; *La Cuarta*, 14 de junio de 2010; *La Cuarta*, 8 de junio de 2010, respectivamente.

74 *La Tercera*, 11 noviembre de 2010.

75 *La Tercera*, 15 noviembre de 2010.

*“La tragedia del ingeniero que nunca había pololeado” (...) “Él la amaba tanto, la adoraba como a nadie. Jorge volcó todo en su relación con Daniela”, dice Rosa Angulo, quien junto a su hermana Isabel no entienden la reacción que tuvo su hermano*⁷⁶.

En este escenario, se evidencia que las mujeres además de ser representadas mediáticamente como “víctimas”, en muchas ocasiones también se les adjudica culpabilidad frente a los actos de violencia, lo que reforzaría la dicotomía culturalmente definida de “chica buena-chica mala”, propia del sistema de valores patriarcales sobre el lugar y rol “adecuado” de la mujer⁷⁷.

En este sentido, la representación que hacen de la violencia contra las mujeres los medios de comunicación es relevante, no sólo porque las noticias son “una representación social de la vida cotidiana producida institucionalmente”⁷⁸, sino también, porque advierten a las mujeres sobre qué acciones y locaciones son inseguras, influyendo en decisiones sobre dónde ir, qué usar, cómo actuar, cuán tarde volver. Nos hablan de cómo la sociedad ve los actos masculinos de violencia dirigidos contra las mujeres, delimitando lo que pueda ser un comportamiento aceptable o inaceptable para hombres y mujeres⁷⁹.

Por otro lado, la construcción de pauta informativa de los medios de comunicación está fuertemente condicionada por lo que dicen o hacen las fuentes oficiales⁸⁰, y en ese contexto es posible apreciar que en su mayoría las informaciones estuvieron enfocadas en fuentes “personas”, las que comúnmente son vecinos, amigos o familiares de las víctimas (24,8%), seguido por informaciones que no presentaron fuente (22,4%). Este aspecto advierte un modelo de noticia en que el valor informativo se apoya en la narrativa de la violencia como suceso y no en la práctica del uso de diversas fuentes con conocimiento especializado o como portavoces. Este tipo de fuente, en países donde se ha regulado respecto a las informaciones sobre violencia contra las mujeres, es considerada poco fiable, en tanto se expresan mayoritariamente opiniones personales que tienden a reforzar estereotipos.⁸¹

76 *Las Últimas Noticias*, 15 de junio de 2010.

77 Fernández, N., op.cit. (2003) p.118.

78 Alisina, R. (1989). *La construcción de la noticia*. Ediciones Paidós. Barcelona. p. 185.

79 Meyers. (1997) New Coverage of Violence of women. En Barbosa. F. (2010) p.14.

80 Observatorio de Medios Fucatel. Las fuentes bajo sospecha (2003). Uso recurrente de fuentes no identificadas (2004).

81 Barbosa, F., op.cit. (2010) p.30.

“Los antecedentes proporcionados por familiares del imputado señalan que ella acudía en forma regular con la finalidad de solicitarle dinero y, a su vez, compartir bebidas alcohólicas”⁸².

Las informaciones presentes en su mayoría son narradas por fuentes masculinas, ya sea como personas (21,1%) o en su rol de instituciones (17,2%); mientras que las mujeres lo hacen de manera reducida en comparación con ellos (14,2% como personas y 11,6% desde una vocería laboral). Este aspecto, es central si evidenciamos que los medios de comunicación están controlados por una clase hegemónica esencialmente masculina, y son ellos quienes determinan “quiénes tienen acceso a estructuras discursivas y de comunicación aceptables y legitimadas por la sociedad”⁸³, entregando una propuesta de sentido en la que prima sólo una forma de ver el mundo, la cual se identifica con la naturalización del ‘bien común’ estatal desde una lógica evidentemente patriarcal.

Es importante mencionar que las fuentes que se identifican con un sector provienen principalmente del Gobierno (12,2%), seguido por el Ministerio Público (11,6%), Poder Judicial (7,9%), Fuerzas Armadas y de Orden (7,3%) y Legislativo (5%). En ellas, las mujeres son preponderantes en discursos provenientes desde el Poder Legislativo (73%) y el Gobierno (60%), mientras que los hombres, desde el Ministerio Público (74,2%); Fuerzas Armadas y de Orden (64%) y el Poder Judicial (54,1%).

El alto porcentaje de las vocerías que aparecen en la prensa en el periodo analizado vinculadas al Gobierno, más aún vinculado a fuentes femeninas, tiene que ver con que en el periodo se discutió, como lo hemos mencionado con antelación, el proyecto de ley sobre femicidio y se lanzó una campaña contra la violencia hacia las mujeres, en que la Ministra del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), Carolina Schmidt, fue una actora relevante. En sintonía con ello es que desde el poder legislativo las diputadas que trabajaron por la normativa sobre el femicidio también se convirtieron en voces legitimadas por los medios de prensa. Es evidente, por otro lado, que las fuentes mayoritarias, que en este caso son de hombres, provengan desde el Ministerio Público, las Fuerzas Armadas y de Orden y el Poder Judicial, todas instituciones fuertemente masculinizadas.

En función de lo antes señalado es que podemos concluir que si bien en el periodo de análisis se observa una importante participación de fuentes de sectores que juegan un papel prioritario en sancionar, prevenir y erradicar la

82 *Publimetro*, 3 diciembre de 2010.

83 Fairclough, N. Wodak, R. (1997) Análisis crítico del discurso. En Teun Van Dijk. *El discurso como interacción social*. Ed. Gedisa. Barcelona.

violencia, aún siguen siendo preponderantes otros actores, como en este caso cercanos de las víctimas o incluso las fuerzas policiales, las cuales suelen ahondar más en el proceso que en una visión integral de violencia como un problema sociocultural. En este sentido, podemos advertir la casi nula intervención de las organizaciones de mujeres o del sector educacional.

Es importante mencionar que la representación de las mujeres no es para todas igual. Uno de los “mitos” más comunes en la cobertura de la violencia contra las mujeres suele estar sustentado en parámetros muchas veces estigmatizados, en que es común entender la violencia en función de asimetrías de diferencias sociales, es decir, de clase. Se trata de relatos discriminatorios, donde los periódicos asumen que la pobreza es un antecedente de la violencia.

Así lo demuestra un estudio del Observatorio de Género del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), en que la temática de violencia en la prensa escrita está altamente relacionada con un GSE bajo⁸⁴. Si bien este tipo de manifestaciones puede ser recurrente en los medios de prensa, se contradice con la realidad, puesto que un estudio del mismo organismo estatal muestra que aunque la violencia física y sexual es mayor en los estratos bajos, la violencia psicológica aumenta en los estratos altos y medios altos⁸⁵. Este tipo de imágenes resultan altamente perjudiciales dentro de la construcción de un discurso equitativo en términos de género, ya que generan representaciones de mujeres en contexto de violencia diferenciadas en base a su clase social.

El Violador de La Reina

El hecho de violencia ocurrió el 19 de septiembre de 2009, en la comuna de La Reina, ubicada en una zona residencial de Santiago. Una adolescente de 14 años fue víctima de robo con violación, luego de salir del cine *Hoyts* junto a su pololo o novio (15). José Luis Sáez Gallardo, autor confeso del delito, fue procesado y condenado —en diciembre de este año— a *cadena perpetua simple* por este caso, además de un robo con violación y un robo con intimidación⁸⁶, siendo absuelto de los cargos de robo con violencia (2 casos) y amenaza y abuso sexual.

84 SERNAM, op.cit. (2009).

85 Departamento de Estudios y Capacitación. Documento de Trabajo Nº 121 “Detección y análisis de la Violencia Intrafamiliar en la Región Metropolitana y La Araucanía”. Santiago, Marzo de 2009 Pág. 13. [25 marzo de 2011] Disponible en Internet http://estudios.sernam.cl/documentos/?eMzcXNDYwDetecci%F3n_y_an%E1lisis_de_la_Violencia_Intrafamiliar_en_la_Regi%F3n_Metropolitana_y_La_Araucan%EDa

86 Delito cometido el 15 de septiembre de 2008, según data en la sentencia. Quedo absuelto de los casos de dos robos con violencia y un caso de amenaza y abuso sexual.

El caso del llamado Violador de La Reina presentó desde el comienzo particularidades que lo hicieron de interés mediático. Esto se explica en parte porque representa un “fenómeno criminal” propio de la agenda comunicacional ⁸⁷ y porque además el caso estuvo marcado por ciertos hitos que lo hacen atractivo en el proceso de selección de la noticia. En primera instancia, el caso se visibilizó en la prensa porque la joven violentada sexualmente no pudo acceder al anticonceptivo de emergencia. Esto evidenció -de paso- que pese a que se aprobó la normativa que permite la distribución del anticonceptivo de emergencia a nivel nacional –no sin polémica– éste no estaba siendo proporcionado por las farmacias⁸⁸, lo que desencadenó una serie de declaraciones, incluso desde el sector gubernamental, instalando el tema en la opinión pública.

Por otra parte, que la joven fuera menor de edad y perteneciera a una clase media acomodada, generaba interés de los medios. En efecto, “los casos con mayor cobertura, en tiempo y en espacio, son aquéllos que rompen aparentemente situaciones consideradas normales y que tienen que ver con protagonistas con estudios superiores y pertenecientes a clase media”.⁸⁹ Además, si la víctima es menor de edad, según Meyers, conmueve a los medios, que en general “se ponen al lado de la víctima”⁹⁰. Este hecho es posible advertirlo, puesto que la acusación no sólo es relativa al caso de la joven de 15 años, sino que responde a otras causas anteriores de violencia contra mujeres que no habían aparecido en la prensa y que en esta oportunidad sólo son tangencialmente mencionadas ⁹¹.

87 “Una de las principales cuestiones que ocupa a la actividad comunicativa de los medios es sin duda el llamado “fenómeno criminal” (...) vivimos en la sociedad de la cultura criminal, donde las formas de expresión artística y los medios de comunicación aparecen constantemente relacionados, de forma directa o contextual, con un delito”. Fuentes, J. (2005). Los medios de comunicación y el derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N°. 07-16, p. 16:1-16:51. [04 de abril de 2011] Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 07-16 (2005), 4 nov].

88 Como consecuencia de la denuncia realizada por la madre de la joven violada, se realizó una fiscalización a las grandes cadenas de farmacias nacionales del país, las cuales estaban obligadas a disponer del fármaco. Se realizaron sumarios contra aquellas que no contaban con el anticonceptivo de emergencia, debiendo éstas normalizar la venta del medicamento.

89 Lagos, C., op.cit. (2008). p.116.

90 Meyers, M. (1997). *News coverage of violence against women: Engendering blame*. California, Sage. En: Op cit. DEMAC. (2009). p.9.

91 En las notas es sólo mencionada sin ahondar en el caso: *La Tercera*, 24 de noviembre de 2010; *El Mercurio* 23 de diciembre de 2010 y sólo hace descripción del caso *La Cuarta*, 19 de diciembre de 2010;

En el periodo de análisis, la cobertura entregada al caso estuvo presente durante todo el 2010, hasta que se dictó la sentencia en diciembre de ese año⁹². El desarrollo de las informaciones se centró básicamente en el proceso judicial, ya que dicho “frente noticioso” provee a los medios de información y es altamente valorado en la pauta noticiosa⁹³, más aún si se trata de sectores informativos socialmente importantes, en tanto depositarios de poder.

En este sentido, desde una dimensión judicial, en el corpus de análisis se observan relatos de orden formal e institucionalizado, en que la violencia sexual representada en este caso se judicializa y se transforma en un proceso, el que debe cumplir ciertos estándares y donde las víctimas y victimarios cumplen con ciertos requisitos para ser reconocidas/os como tales. Desde ese escenario mediático, por tanto, se consagran ciertos discursos y miradas hegemónicas hacia el fenómeno, con lo que se omite y excluyen ciertas voces y, al mismo tiempo, restringen las complejidades e invisibiliza la violencia contra las mujeres y sus raíces estructurales, culturales, y simbólicas.

Esto se refuerza al evidenciar que en las narraciones las fuentes legitimadas por lo medios de comunicación se alojaron en los discursos provenientes de familiares de la víctima, el ministerio público, los abogados, e incluso la víctima, sin consultar fuentes especializadas que puedan dar una visión integral del fenómeno que, en este caso, comporta un acto de violencia sexual por razones de género.

Desde este enfoque es que los lenguajes técnicos observados, como “perpetua simple”, “imputado”, “condenado”, “pena”, “sentencia”, “presidio perpetuo”, recogen la formalidad judicial de los hechos, portando las cargas culturales de lo que es más “valorado” en un contexto determinado y respondiendo a categorías que socialmente son consideradas nefastas para la convivencia de una comunidad. Con ello, el protagonista de la historia es el sistema penal, siendo desde donde los hechos son comprendidos.

“Condenan a cadena perpetua a Violador de La Reina”⁹⁴

Sumado a ello, es posible ver que en el caso del Violador de La Reina, la prensa realiza “juicios paralelos”, en los cuales “(...) asumen un papel que está

92 En el periodo de análisis se registraron 19 piezas periodísticas, 10 de ellas en el mes de noviembre cuando se realizó el proceso judicial, 7 en lo relativo a la sentencia en el mes de diciembre y dos que corresponden a los meses de julio y septiembre.

93 Instituto de Comunicación e Imagen, ICEI. (2005) *Mordazas de la transición*. LOM. En: Lagos, C., op.cit. (2008). p.82.

94 *La Tercera*, 23 de diciembre de 2010.

asignado constitucionalmente a los jueces y magistrados”⁹⁵. En este contexto, pueden acusar, juzgar y condenar a un sujeto que todavía no ha sido juzgado y condenado, infringiendo de este modo la presunción de inocencia. Con ello, va una serie de narraciones estereotipadas que vinculan su figura con la del agresor sexual.

El ser nombrado como “El violador de La Reina” o el “Care’ diablo”, desde un comienzo comporta parte de ello. Con dichas tipologías, se evidencia una naturaleza patológica y excepcional de la conducta del delincuente, lo que invisibiliza la violencia de género, y con ello “la responsabilidad de la violencia no recae en la organización ni en las estructuras sociales, sino en los autores individuales del delito, cuyos actos pueden atribuirse al destino, la mala suerte, la venganza o la maldad”.⁹⁶

Por otro lado, los medios también influyen en el proceso judicial mediante manifestaciones sobre las consecuencias sociales y políticas que tendría una determinada condena, la absolución, por ejemplo, ya que todo ello ejerce una gran presión sobre los jueces, que pueden comprometer su independencia⁹⁷. Esto lo podemos ver explicitado en las siguientes narraciones:

*“Tras el dramático testimonio de una de las víctimas del denominado Violador de La Reina, de tan sólo 15 años, (...) Francisco Olea, pidió cadena perpetua para el sujeto”*⁹⁸

“El perdón existe, porque uno no puede vivir con odio, pero sí hay un grado de frustración con la justicia. Estaba todo súper claro para que el tipo tuviera presidio perpetuo calificado. A los 20 años de cárcel él (Sáez) va a tener 50, y lamentablemente está comprobado que este tipo de hombres no se rehabilita”.⁹⁹

Para el analista de discurso, Carlos del Valle¹⁰⁰, existe una relación directa entre el contenido del discurso de las sentencias penales y el contenido de los discursos

95 Barrero, A. (2001), “Juicios paralelos y Constitución: su relación con el periodismo”, en Ámbitos, N.º 6, pp. 171 y ss. En Fuentes, J., op.cit. (2005).p 12.

96 García, S. Ramos, L. (1998). *Medios de comunicación y violencia*, México, Instituto Mexicano de Psiquiatría. Fondo de Cultura Económica. P.313. En: Op. Cit. DEMAC. (2009) p.11.

97 Fuentes, J., op.cit. (2005). p.13.

98 *Publimetro*, 25 de noviembre de 2010.

99 Declaraciones de la familia de la joven violentada sexualmente publicadas en *El Mercurio* 23 de diciembre de 2001.

100 Del Valle. C (2008). *Contrapuntos y entrelíneas sobre cultura, comunicación y discurso*. Ediciones Universidad de la Frontera. Temuco. Chile. Pág. 318.

de prensa, en que el de prensa actúa como agente de complementariedad para el discurso de las sentencias penales elaboradas por los jueces. “En alguna medida estamos en presencia de discursos sociales autobiográficos”, sostiene.

Desde el punto de vista de la narración, explica, hay similitudes en la forma de narrar; desde la persuasión, “se persiguen objetivos idénticos en el sentido de la normalización y el disciplinamiento”; desde la aceptación, los jueces tienden a percibir e incorporar como más verosímil aquello que la prensa trata como tal. Desde el punto de la aceptabilidad, concluye, los jueces desean que sus sentencias tengan un alto grado de aceptabilidad social, lo cual logran a través del acoplamiento con el discurso de prensa.

“Estamos conformes con la sentencia, porque es buena para la defensa. Él lo que arriesgaba era presidio perpetuo calificado. Era muy fácil que por la connotación de la prensa y las características de los últimos delitos (el de septiembre de 2009) el tribunal terminara estimando que lo que procedía era el perpetuo calificado”¹⁰¹.

En este sentido, es posible aventurar que el énfasis en la cobertura de los procesos judiciales y, con ello, en las sentencias penales, apuestan “simplemente en la criminalización y en el encarcelamiento, sobre todo si viene desacompañado de procesos reeducativos”, lo que “significa invertir en la misma violencia lógica de que se alimenta la violencia”¹⁰². Esto evidencia que la construcción judicial/penal por parte de la prensa estrecha la mirada del problema negando el carácter estructural del fenómeno, al mismo tiempo que levanta expectativas sobre el sistema judicial. Esto se ve reforzado, ya que se observa una escasa reflexión en las noticias sobre la violencia, mostrando los hechos como meros “conflictos coyunturales”¹⁰³.

Esa representación de las informaciones refuerza las narraciones dramáticas y estereotipadas, como es posible evidenciar comúnmente en las noticias relativas a violencia contra la mujer. Esas construcciones mediáticas del “acto punitivo” ponen de manifiesto que “la plaza pública en las sociedades modernas son los medios de masas”¹⁰⁴, tal como se evidencia en el relato que expone la prensa sobre los testimonios de la joven y su familia en el juicio contra José Luis Sáez.

101 Declaraciones de la defensa en *El Mercurio*, 23 de diciembre de 2010.

102 Segato, R (2003). Lagos, C., op.cit. (2008) p. 86.

103 Borrat, H. (1989) *El periódico como actor político*, Barcelona p.24; Alberdi, I. Matas, N. (2002). *La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*, Colección estudios sociales. p.256. [24 de marzo de 2011] Disponible en Internet www.estudios.lacaixa.es.

104 Fuentes, J., op.cit. (2005). p.16.

“Ese día la vida de la adolescente de 14 años sufrió un golpe duro cuando su camino se cruzó con el de José Luis Sáez, a la salida del cine Hoyts de La Reina, mientras iban a ver “Te amaré por siempre” (...) Mientras los jóvenes caminaban por el parque Tobalaba fueron abordados por Sáez que los amenazó con el gollete de una botella, les robó lo poco que portaban y violó a la niña”¹⁰⁵

Algunos de los titulares de la prensa fueron: “Niña de 15 años atacada por el violador de La Reina”: “Dijo que me iba a matar”¹⁰⁶; “J.F., de 14 años, recordó el peor momento de su vida: El crudo relato de víctima del violador de La Reina”¹⁰⁷; “Menor declara por abuso sexual”¹⁰⁸ y frases como: “tras el dramático testimonio” (de la joven); “mostrando gran fortaleza”, (él victimario) “permaneció todo el proceso con la cabeza gacha, sin mover un músculo”; “les robó lo poco que portaban y violó a la niña”; “entre sollozos pudo reconocer a su victimario”.

Todas esas narraciones portan un cúmulo de símbolos que connotan una significación cultural tradicional de la cual los roles están provistos (víctima/victimario). Así, por ejemplo, “entre sollozos pudo reconocer a su victimario”, nos evidencia que llorar es constituido como una característica “natural” de las mujeres para enfrentar lo público y así reforzar su victimización.

Este tipo de relatos dramáticos también se hacen presentes en momentos de la sentencia, en que la entrega de una biblia al acusado prima en la narración. “El inusual regalo que recibió el violador de La Reina”¹⁰⁹, tituló un medio de prensa nacional.

“Fuera de la sala, el abogado Cristián Espinosa, tío de la niña, explicó el regalo. Le escribí en el libro José Luis, sin perdón no hay olvido. Como familia te hemos perdonado. En este libro encontrarás las palabras de Dios, que es el único camino”¹¹⁰

El abordaje del caso del violador de La Reina es una construcción mediática judicializada que por cierto comporta relatos sensacionalistas que desdibujan la realidad de la violencia contra las mujeres. En ese sentido, la prensa no

105 *Las Últimas Noticias*, 25 de noviembre de 2010.

106 *La Tercera*, 25 de noviembre de 2010.

107 *Las Últimas Noticias*, 25 de noviembre de 2010.

108 *El Mercurio*, 25 de noviembre de 2010.

109 *Las Últimas Noticias*, 23 de diciembre de 2010.

110 *Las Últimas Noticias*, 23 de diciembre de 2010.

reconoce el “problema social”, sino que comunica muchas veces una imagen virtual que no coincide con la real. De este modo, contribuye a la aparición y al refuerzo de errores cognitivos en la opinión pública.

En este sentido, y a la luz de los resultados que se exponen en este artículo, podemos concluir que si bien los medios de comunicación han contribuido a visibilizar la violencia contra las mujeres en el espacio público, esa representación continúa perpetuando imaginarios que producen y reproducen patrones culturales que revelan una ideología dominante que desvaloriza a la mujer. Construcciones simbólicas, sustentadas en estereotipos y relatos dramáticos, sensacionalistas, clasistas y normativos, que contribuyen a mantener la impunidad sobre el problema. La violencia de género no se agota en la agresión concreta, sino que se eterniza por medio de la impunidad de diversos agentes, como en este caso la prensa, que favorecen en ello¹¹¹. En este sentido, las palabras de Rita Sagato respecto a un necesario trabajo de conciencia cobra sentido... “Es necesario promoverlo, instigarlo, trabajar por una reforma de los afectos y de las sensibilidades (...) Los medios masivos de comunicación, la propaganda –incluyendo la propaganda de la propia ley– deben ser en esto aliados indispensables”.¹¹²

111 Lagos, C., op.cit. (2008). p. 134.

112 Lagos, C., op.cit. (2008). p. 4.

(IN)CONSTITUCIONALIDAD DE LA REGLA DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE MATERNA DEL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS DEL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO¹¹³

Fabiola Lathrop Gómez¹¹⁴

RESUMEN

El presente artículo sostiene que la norma de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos, contenida en el artículo 225 del Código Civil chileno, es inconstitucional, pues se funda en una discriminación arbitraria, injusta, no razonable y desproporcionada, vulneradora del principio de igualdad jurídica y material. Se analiza el caso chileno a la luz de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Comparado.

INTRODUCCIÓN: LAS NORMAS APLICABLES AL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS

Dentro de las cuestiones que padre y madre deben regular luego de su quiebre, está la determinación de quién ejercerá el cuidado personal de sus hijos. Al respecto, nuestra legislación presenta tres tipos de atribuciones: atribución legal, judicial y convencional.

En virtud de la primera, el art. 225 inciso primero del Código Civil (en adelante C.C.) establece que si ambos padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.

Conforme a la atribución convencional, el mismo artículo, en su inciso segundo, señala que si los padres viven separados pueden acordar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre, alterando, de esta forma, lo prescrito supletoriamente por el art. 225 inciso primero C.C.¹¹⁵.

113 Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Fondecyt núm. 11090042 y publicado en la *Revista Ius et Praxis*, Vol. II, 2010, pp. 147-184. La versión que aquí se presenta no difiere del manuscrito original salvo en la actualización y comentario de cierta jurisprudencia.

114 Abogada; licenciada en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile; doctora en derecho, Universidad de Salamanca, España; docente e investigadora de la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y profesora asistente del Departamento de Derecho Privado de la misma Facultad. Correo electrónico: flathrop@derecho.uchile.cl.

115 La doctrina reciente interpreta con amplitud esta norma. Así, se ha estimado que serían acuerdos válidos aquellos por los cuales los padres establecen que el cuidado pasará al padre a partir de una determinada edad o durante cierto periodo e, incluso, un régimen compartido de tuición. Así, COURT MURASSO, Eduardo, *Curso de Derecho de Familia. La Filiación por naturaleza*, Abeledo Perrot/LegalPublishing, Santiago, 2010, p.75.

Por último, no obstante la atribución legal y convencional, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, el juez puede ordenar que el cuidado personal lo ejerza el otro progenitor, si el padre o madre a quien se ha entregado el cuidado personal ocasiona maltrato, descuida a los hijos, o los ha abandonado, o bien, por cualquier otra causa calificada (art. 225 inciso tercero C.C.). Todo ello, con una limitación importante: no puede atribuir el cuidado personal del hijo a quien no ha contribuido a su manutención mientras estuvo al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo (segunda parte del inciso tercero del art. 225 C.C.)¹¹⁶.

Asimismo, conforme al art. 226 C.C., el juez puede, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal del hijo a otra persona o personas que estime competentes¹¹⁷.

Ahora bien, estas normas del Código Civil debemos concordarlas con las contenidas en la Ley de Matrimonio Civil n° 19.947¹¹⁸ que, para los casos de separación (de hecho o judicial) y divorcio, establece la posibilidad de intervención judicial a este respecto al aprobar el acuerdo completo y

116 Restricción que se encontraba también en el art. 46 de la Ley de Menores n° 16.618 antes de la Ley de Filiación n° 19.585 y que debemos entenderla en concordancia con la letra a) del inciso segundo del art. 19 de la Ley n° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias.

117 Recordemos que esta norma debe concordarse con el art. 42 de la Ley de Menores n° 16.618. Para RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo Derecho chileno de Familia”, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 36, Núm. 3, 2009, p.548, la inhabilidad de los padres ha dejado de ser un criterio preponderante de adjudicación del cuidado personal entre los progenitores. La inhabilidad dice relación más bien con el criterio de adjudicación a terceros, parientes o extraños. Sin embargo, esto no está claro en la doctrina ni en la jurisprudencia, de lo cual da cuenta la sentencia de la Excm. Corte Suprema, de 16 de agosto de 2010, recaída en la causa “Meza con De la Rivera”, en que se acogió el recurso de casación en el fondo interpuesto por el padre de un menor de nueve meses de edad, solicitando se dejara sin efecto el fallo de la ltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta que había rechazado su demanda de cuidado personal y dado lugar a la apelación interpuesta por la madre. En el fallo de la Excm. Corte Suprema se lee lo siguiente: “Séptimo: Que la decisión judicial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 225, incisos tercero, 226 y 228 del Código Civil, tiene lugar en las siguientes situaciones: a) cuando el padre o la madre en quien se ha radicado la tuición se los hijos, los maltratan; b) cuando el padre o la madre en su caso, descuide a los hijos; c) cuando respecto de cualquiera de ellos concurra otra causa calificada; d) cuando el padre o la madre hubiere abandonado al hijo; e) cuando a cualquiera de ellos afecta una inhabilitada física o moral. *Estas reglas deben relacionarse con el artículo 42 de la ley N°16.618*”.

118 En adelante LMC.

suficiente¹¹⁹, o bien porque, aplicando los arts. 31, inciso primero, 67, 70, 89 y 90 de la LMC, podemos llegar a la conclusión de que también el juez deberá pronunciarse sobre el cuidado de los hijos en los casos en que no se exige el acuerdo regulador.

En efecto, el art. 67 de la LMC establece que, solicitada la separación, el juez, durante la audiencia preparatoria, debe instar a las partes a una conciliación, la que tendrá por objetivo acordar las medidas que regularán lo concerniente a los alimentos entre los cónyuges y para los hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular y el ejercicio de la patria potestad. En concordancia con esta disposición, el art. 90 de esta Ley establece que en este llamado a conciliación se incluirán estas materias aun cuando no se hubieren solicitado directamente en la demanda o en la reconvencción. Y si las partes no alcanzaren acuerdo, el juez deberá pronunciarse sobre dichas materias, con carácter provisional, conforme al art. 70 de la LMC.

Asimismo, en materia de procedimiento, el art. 89 de la LMC ordena que las acciones que tengan por objetivo regular el régimen de alimentos, el cuidado personal de los hijos o la relación directa y regular, cuando no se hubieren deducido previamente de acuerdo a las reglas generales, como asimismo todas las cuestiones relacionadas con el régimen de bienes del matrimonio que no hubieren sido resueltas en forma previa a la presentación de la demanda de separación, nulidad o divorcio, deben deducirse en forma conjunta con ésta o por vía reconvenccional, en su caso.

Estas líneas tienen por objeto detenerse en el primer tipo de atribuciones reseñadas y, especialmente, en la regla de la atribución legal del art. 225

119 En caso de nulidad, si bien la LMC no exige la presentación del mencionado acuerdo, estimamos que no habría problema en que las partes regularan de común acuerdo el cuidado personal de los hijos. Originalmente, la LMC establecía el acuerdo para la trilogía completa, es decir, separación, divorcio y nulidad. Así se contemplaba en el Proyecto Original, en la indicación sustitutiva y en el Texto aprobado por la Cámara de Diputados. Fue en el Senado donde se rompió esta sistematización de las normas comunes a la relajación y disolución del vínculo. En caso de nulidad, si bien la LMC no exige la presentación del mencionado acuerdo, estimamos que no habría problema en que las partes regularan de común acuerdo el cuidado personal de los hijos. Originalmente, la LMC establecía el acuerdo para la trilogía completa, es decir, separación, divorcio y nulidad. Así se contemplaba en el Proyecto Original, en la indicación sustitutiva y en el Texto aprobado por la Cámara de Diputados. Fue en el Senado donde se rompió esta sistematización de las normas comunes a la relajación y disolución del vínculo. *Vid.* Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva ley de matrimonio civil, de 9 de julio de 2003, Boletín núm. 1759-18, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley 19.947 Establece Ley de Matrimonio Civil, En <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19947/HL19947.pdf>, [visitado el 31/08/2010], pp.563 y 606.

inciso primero C.C.; en concreto, buscamos revisar la constitucionalidad de esta norma a la luz del principio de igualdad contenido en el art. 19 n°2 de la Constitución Política¹²⁰ y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que se encuentran vigentes en Chile, intentando así destruir los argumentos de utilidad y legitimidad esgrimidos por la doctrina a favor del art. 225 inciso primero C.C.

BREVE NOTICIA HISTÓRICA

El legislador, históricamente, ha concedido a la madre el cuidado personal de los hijos e hijas. Las modificaciones introducidas a la atribución legal del cuidado personal han dicho relación con la edad hasta la cual permanecen bajo su cuidado exclusivo, edad que, por cierto, ha aumentado progresivamente.

Así, ante todo, el art. 225 C.C. tiene su antecedente inmediato en el antiguo art. 223 del C.C. que, de acuerdo a la Ley n°18.802 de 1989, establecía que correspondía a la madre el cuidado de todos los hijos menores, cualquiera fuese su sexo, salvo en caso de depravación materna que provocase perversión en los hijos.

Sin embargo, los orígenes del art. 225 del C.C. se remontan al Código Civil de 1855, el cual otorgaba a la madre el cuidado de los hijos menores de cinco años e hijas de toda edad. El padre era asignatario del cuidado de los hijos varones mayores de cinco años¹²¹.

En 1935, la Ley N° 5.680 elevó este límite de edad de los hijos a los diez años. Y en 1952, la Ley N° 10.271 la aumentó a los catorce años: cumplida esa edad, los hijos varones pasaban a estar bajo el cuidado personal del padre¹²².

El texto de la norma actual fue fijado por la Ley N° 19.585 de 1998, dejando, esta vez, sin distinción de sexo, a todos los hijos menores bajo el cuidado materno.

120 Cuestionan su legitimidad, BARROS BOURIE, Enrique, "Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación", en *El nuevo estatuto de filiación en el código civil chileno*, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1999, p.47; SCHMIDT HOTT, Claudia, "Relaciones filiales personales y patrimoniales", en SCHMIDT HOTT, Claudia; VELOSO VALENZUELA, Paulina, *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, ConoSur, Santiago de Chile, 2001, p.277; y GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *El Sistema Filiativo chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, p.141. Por su parte, defiende su coherencia con la Carta Fundamental, RODRÍGUEZ, "El cuidado", cit. nota n.3, pp.562-564.

121 En esta norma vemos cómo, desde antaño, el papel que desempeña la mujer en la familia era heredado de generación en generación, pues quedando la hija al cuidado de su madre, se asegura el aprendizaje de las tareas domésticas, mientras que el hijo varón, alcanzada cierta madurez, deja esta órbita para "acompañar" a su padre en lo extra-familiar.

122 Esta es la solución más adecuada para COURT, *Curso*, cit. nota n.2, p.73

Según consta en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 20 de noviembre de 1996, los legisladores señalaron que, a falta de acuerdo, sea porque no existe o porque no consta en la forma señalada, la madre tiene el cuidado personal de los hijos menores. Estableciéndose, además, que la radicación legal del cuidado de los hijos, si no hay acuerdo, evita numerosas dificultades y responde a la práctica, que demuestra que lo más frecuente es que sea la madre la que lo asuma cuando los padres no viven juntos¹²³.

En materia de inhabilidades, el legislador de 1855 estableció que la madre quedaba excluida del ejercicio del cuidado personal de los hijos si por su depravación fuera de temer que ellos se pervirtieran, lo que se presumía, de pleno derecho, en el caso de divorcio causado por adulterio de la madre. En 1952, la Ley N° 10.271 –y posteriormente la Ley 18.802, que no modificó la norma respectiva- suprimió esta presunción, estableciendo que si el adulterio era la causa del divorcio, ello constituía un antecedente de importancia para resolver su inhabilidad, sin distinguir entre padre y madre.

Por su parte, la Ley N° 18.802 mantuvo la regla según la cual la depravación de la madre era causa de inhabilidad para ejercer la tuición, añadiendo que

123 El Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, de 20 de noviembre de 1996, Boletín núm. 1060-07, señala: “A falta de acuerdo, sea porque no existe o porque no consta en la forma señalada, la madre tendrá el cuidado personal de los hijos menores. La radicación legal del cuidado de los hijos, si no hay acuerdo, evita numerosas dificultades y responde a la práctica, que demuestra que lo más frecuente es que sea la madre la que lo asuma cuando los padres no viven juntos”. En el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, de 4 de noviembre de 1997, Boletín núm. 1060-07, se indica también: “(...) la mayoría de la Comisión - integrada por los HH. Senadores señores Fernández, Larraín y Otero-, estimó que, en principio, el cuidado personal de los hijos pertenece naturalmente a la madre, por ser más idónea, y las indicaciones sólo consagran esa realidad al darle carácter de regla general. La minoría hizo presente que, aún cuando mantenía sus prevenciones, como creía que en esta materia, por ser tan delicada, era conveniente que la Comisión tuviese un criterio unánime, se sumaría a la idea de establecer que, si los padres viven separados, toca a la madre el cuidado personal de los hijos, pero, de común acuerdo, ambos padres pueden determinar que el cuidado personal lo tenga el padre. Hubo coincidencia en no establecer un plazo para la duración del acuerdo -como propone el inciso primero de la indicación N° 121-, por estimarlo inconveniente, desde el momento en que, cuando los padres lo decidan, podrán revocarlo y, si se produjesen discrepancias, cabrá al tribunal dirimirlos. Puestos en votación los incisos primero de las indicaciones N°s. 121 y 122, fueron aprobados con cambios por los HH. Senadores señores Fernández, Hamilton, Larraín, Otero y Sule, en forma unánime”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley 19.585 Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación. En <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/4231/1/HL19585.pdf> [visitado el 31/08/2010], pp.410, 793 y 794.

“en estos casos, o en el de hallarse inhabilitada por otra causa, se confiará el cuidado personal de los hijos al padre”. Esta norma había que entenderla en concordancia con el art. 42 de la Ley de Menores N° 16.618, que establecía dichas causales.

La Ley de Filiación N° 19.585 no alteró el criterio legal de preferencia materna, pero eliminó la causal de depravación de la madre como causal de inhabilidad, así como la referencia al adulterio de los padres como antecedente importante para resolver sobre la inhabilidad para ejercer el cuidado personal, derogando, por último, la norma según la cual, en el caso de encontrarse la madre inhabilitada por otra causa, se debía confiar el cuidado personal de los hijos al padre.

LA (IN)CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA DE ATRIBUCIÓN MATERNA PREFERENTE A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD FORMAL

En este trabajo pretendemos revisar la constitucionalidad de la norma en cuestión desde un doble punto de vista: formal y material¹²⁴. En primer término, analizaremos la (i)legitimidad del art. 225 inciso primero C.C. desde el punto de vista de la igualdad formal.

La Constitución Política¹²⁵ asegura a todas las personas la igualdad ante la ley; agrega que ni la ley ni autoridad alguna pueden establecer diferencias arbitrarias, prescribiendo, expresamente, que hombres y mujeres son iguales ante la ley (art. 19 N° 2)¹²⁶.

Por ser este un trabajo que se enmarca en el Derecho Civil, no es del caso realizar aquí un estudio acabado sobre el principio de igualdad a nivel constitucional. A efectos del análisis de la legitimidad de la norma en cuestión, nos interesa detenernos sólo en ciertos aspectos de dicho principio.

124 Sobre la distinción entre igualdad formal (o ante la ley) y material (o de hecho), puede consultarse BOBBIO, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Ediciones Paidós-I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993, pp.75 y ss., quien se refiere a la igualdad jurídica, a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de hecho (o material), entre otros tipos de igualdad; VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Igualdad y relaciones familiares”, *Revista Jurídica de Palermo* Sela 1999, Año 2000, pp.233 y 234; y SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, pp.109 y ss. En el epígrafe 57 de esta última obra, dedicado a la igualdad de hecho, puede leerse: “(...) fue cundiendo la idea de que se impone como necesario no sólo sustentar la tesis de la igualdad como postulado doctrinario, sino posibilitar las condiciones sociales apropiadas para que, en la realidad, tal igualdad sea verdaderamente cierta para el común de los hombres y se llegue por tal medio a una democracia no puramente formal, sino cierta y auténtica” (p.110).

125 En adelante CPR o Constitución, indistintamente.

126 La frase “hombres y mujeres son iguales ante la ley” fue introducida por la Ley n° 19.611, que “Establece igualdad jurídica entre hombres y mujeres”, publicada el 16 de septiembre de 1999.

Así, lo primero que debemos señalar es que la igualdad constituye, en su esencia, un concepto relacional, esto es, no se verifica considerando a las personas en realidades aisladas sino siempre en términos de comparación entre dos o más personas o situaciones. Para el caso en análisis, estos supuestos serían el padre y la madre ubicados en situación de cuidar a sus hijos luego de la ruptura matrimonial o de pareja.

En segundo lugar, este principio no excluye la existencia de diferenciaciones entre dos o más personas o situaciones. Lo que realmente proscribe son las distinciones de carácter arbitrario.

Al respecto, para establecer si una norma es o no discriminatoria y vulnera el principio de igualdad garantizado por nuestra Constitución, es necesario analizar el criterio de distinción que utiliza.

La clave está, entonces, en el análisis del criterio de distinción, que nos permite determinar si existe una razón suficiente, razonable, que permita efectuar una distinción. Las distinciones no son *per se* atentatorias contra el principio de igualdad constitucional: es necesario que la distinción sea arbitraria. La idea que subyace en esta afirmación es que el principio de igualdad no puede ignorar las diferencias que existen entre los seres humanos, que no todas las diferenciaciones son arbitrarias y que el *quid* está en determinar qué distinciones autorizan tratamientos diferenciados y cuáles no.

Hasta aquí, la postura que defendiendo no se aleja de la posición de quienes defienden la constitucionalidad del art. 225 C.C.

Hagamos, entonces, el ejercicio de determinar si el criterio establecido para efectuar la discriminación es o no arbitrario.

Según Alexy¹²⁷, si no hay razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, está ordenado un tratamiento igual. Si hay razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, está ordenado un tratamiento desigual. Existe diferenciación arbitraria cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar una “razón razonable”, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma sea concretamente comprensible.

De esta idea se desprende que quien pretende un trato diferenciado debe probar y justificar la discriminación. Y, en segundo lugar, que debe existir “razón suficiente” que avale el trato desigual, lo que resulta tremendamente complejo de dilucidar en algunos casos pues esto es, en suma, un problema de valoración.

127 ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, Madrid, pp.395 y ss.

¿Cuál sería la razón que lleva a hacer la distinción entre padre y madre para atribuir el cuidado personal? Descubrirla es el primer paso para establecer, luego, si es o no suficiente.

Referida ya, someramente, la redacción e historia legislativa del art. 225 C.C., podemos señalar que, en materia de asignación del cuidado personal luego de la ruptura familiar, ha existido desde siempre una discriminación entre hombre y mujer, padre y madre. El asunto está en determinar, a la luz de lo que hasta aquí hemos dicho, si ella es arbitraria o no.

Uno de los mecanismos ideados para determinar la pertinencia del criterio de distinción es el denominado “test de razonabilidad”, que comprende tres etapas encaminadas a establecer la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual, la validez de ese objetivo frente a la Constitución, y la razonabilidad del trato desigual, esto es, la proporcionalidad entre ese trato y el fin que se persigue con el establecimiento de ese trato¹²⁸.

En cuanto a esta última etapa, el “test de la razonabilidad” se remite a un segundo mecanismo: el “test de la proporcionalidad”, que vendría a ser un segundo principio encaminado a establecer la existencia o inexistencia de una discriminación arbitraria¹²⁹.

128 El “test de la razonabilidad” se encuentra altamente difundido en numerosos países de Europa y América y es utilizado también en diversos tribunales internacionales. Dentro de la doctrina civil que se refiere a este mecanismo, se encuentra VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Principios fundamentales del nuevo estatuto de la filiación”, en SCHMIDT HOTT, Claudia; VELOSO VALENZUELA, Paulina, *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, Santiago de Chile, ConoSur, 2001, pp.30 y 31. En el Derecho Constitucional, ha abordado esta temática, a la luz de la jurisprudencia constitucional, BULNES ALDUNATE, Luz, “La igualdad ante la ley y la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *Temas actuales de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2009, pp.17-26, quien afirma que la razonabilidad es el cartabón o estándar de acuerdo al cual debe apreciarse la medida de igualdad o desigualdad (p.19) y que, hasta el año 2007, el Tribunal Constitucional, en relación a la igualdad ante la ley, había aplicado el “test de la razonabilidad” (p.20). El cambio aludido por la profesora Bulnes se aprecia en la sentencia Rol 790-07, especialmente, en sus considerandos vigésimo, vigésimo segundo y vigésimo cuarto; y en la sentencia Rol 755-2007. Sobre el principio de igualdad, puede consultarse también ATRIA LEMAITRE, Fernando, *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Santiago de Chile, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1997, pp. 118 y 119; y GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2001, pp.284 y 285, que se refiere al derecho de igualdad y el Derecho de Familia en Chile.

129 Cfr. VELOSO, “Principios”, cit. nota n.14, p.32. La profesora BULNES, (“La igualdad”, cit. nota. n.14, p.21), señala que, a partir del año 2007, concretamente con la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 790-07 recaída en un requerimiento de constitucionalidad, este Tribunal, sustentándose principalmente en la doctrina emanada de sus símiles español, mexicano y alemán, habría pasado a exigir, además de la razonabilidad, la proporcionalidad, esto es, las diferenciaciones no sólo deben ser racionales sino que también deben ser objetivas y proporcionales y deben estar acordes con la finalidad que persigue el legislador al establecer la distinción.

A continuación, trataremos de determinar la in(validez) constitucional del criterio de atribución materna preferente del art. 225 inciso primero C.C., sobre la base de que las diferencias de trato se permiten cuando a) los supuestos son desiguales, b) cuando la distinción obedece a un criterio de necesidad y c) cuando se cumple con ciertos requisitos, como la idoneidad y la proporcionalidad¹³⁰.

Los supuestos de la norma

El art. 225 inciso primero C.C. establece: “si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”.

Los supuestos sobre los cuales esta norma efectúa la discriminación son: la madre ejerce el cuidado personal de los hijos y el padre ejerce el cuidado personal de los hijos. Ambos son, igualmente, padres. Ninguno es más progenitor que el otro. Sin embargo, el art. 225 inciso primero C.C. entrega a la madre este derecho-función sin hacer ningún llamamiento a la idoneidad de cada uno, como sería el caso de una norma que estableciera que el padre o madre más apto para ejercer el cuidado personal será su titular. Habrían, en este último caso, dos supuestos: un progenitor idóneo y uno menos idóneo.

No hay, entonces, supuestos desiguales.

La necesidad de la norma

En este punto, debemos preguntarnos si la distinción es necesaria.

En cuanto a la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual, tal como ha quedado plasmado en la Historia de la Ley N° 19.585¹³¹, el criterio de distinción utilizado en el art. 225 inciso primero C.C. apunta a una razón de conveniencia. Así, se ha afirmado que con esta regla no se requiere ningún trámite o declaración adicional, con lo que se evita cualquier gestión para acreditar la titularidad del cuidado personal¹³².

La diferencia se basa en la facilitación del trámite de atribución, pues la regla supletoria de atribución legal materna descarta la discusión sobre las aptitudes para ejercer el cuidado, evitando un pronunciamiento adicional al respecto.

Sin embargo, y con esto vamos cuestionando la efectiva necesidad de la norma, se ha hecho notar que la ley no consideró la forma en que la madre puede

130 Seguimos a VELOSO, “Igualdad”, cit. nota n.10, p.233.

131 Vid. nota al pie n° 9.

132 Así, ABELIUK MANASEVICH, René, *La Filiación y sus efectos*, Tomo I. La Filiación, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2000, p.327 y RODRÍGUEZ, “El cuidado”, cit. nota n.3, pp.558 y ss.

probar su derecho a la tuición del hijo que le corresponde al vivir separada del padre y que, necesariamente, deberá acudir a la justicia solicitando una tuición declaratoria¹³³, lo que, desde luego, quita validez a la pretendida facilitación.

Por otra parte, generalmente, las reglas supletorias se justifican en cuanto determinan las consecuencias de los actos jurídicos cuando las partes interesadas no las han previsto ni regulado de otra manera, teniendo libertad para hacerlo¹³⁴; la ley se adelanta, dando solución a una determinada disyuntiva.

En nuestro caso, la ley se anticipa señalando que la madre ejerce el cuidado personal, supuestamente, para evitar que ello deba discutirse. Pero, ¿es o no necesaria la distinción? ¿Es necesario que ello no se discuta? ¿Qué es más conveniente: que se demuestren las aptitudes parentales o que se las presuma en uno de ellos? ¿Qué es mejor, en suma, para el sujeto tutelado por la ley? ¿Cuáles son las desventajas de tener que requerir un pronunciamiento adicional respecto de quién es el titular, esto es, el niño?

A esta última pregunta se responde que, de no existir esta regla, habría que recurrir siempre a la justicia para determinar el progenitor cuidador¹³⁵.

Pero veamos caso a caso.

La hipótesis del art. 225 inciso primero C.C. es “si los padres viven separados (...)”. ¿En qué casos lo están?: por separación de hecho o judicial, divorcio y nulidad.

En materia de separación de hecho, si los padres quieren regular los efectos de dicha separación, el art. 22 de la LMC exige la presentación de un acuerdo completo y suficiente al respecto¹³⁶. Si nada se dice y no se intenta demanda al respecto por alguno de los padres, tendrán aplicación los arts. 225 y 245 del C.C., en lo que se refiere al cuidado personal y patria potestad respectivamente, pudiendo, en todo caso, otorgar el acuerdo al que se refiere el inciso segundo del art. 225 y el inciso segundo del art. 245 del C.C. Lo mismo se aplica si no existe matrimonio entre ellos y han decidido no vivir más juntos.

133 Así lo sostiene BAVESTRELLO BONTÁ, Irma, *Derecho de menores*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, p.62.

134 Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de Derecho Civil, Parte Preliminar y Parte General*, Tomo I, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2009, p.117.

135 En este sentido, RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, *El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho chileno de Familia*, LegalPublishing/Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2009, pp.48-49.

136 Este acuerdo debe estar contenido en escritura pública, acta protocolizada ante notario, o bien, en transacción judicial, y se refiere a las materias que señala el art. 21 de la LMC.

Si se trata, en cambio, de separación judicial o divorcio, estamos en hipótesis en que se exige el acuerdo completo y suficiente, o bien, en que el juez debe pronunciarse sobre esta materia. Analicemos la razón legal de este argumento.

Si la separación judicial es de mutuo acuerdo por cese de la convivencia, el art. 27 inciso segundo de la LMC exige la presentación del acuerdo, acuerdo que, por cierto, el juez podrá subsanar si no se cumple con los requisitos que señala el mismo art. 27 inciso segundo en relación con el art. 21 de la LMC, es decir, si no es completo y suficiente (art. 31 inciso segundo de la LMC), de manera que deberán los padres pronunciarse sobre el cuidado personal de sus hijos.

Y si la separación es judicial, pero en virtud del art. 26 de la LMC, es decir, invocando alguna causal imputable a uno de los cónyuges, o bien, si cualquiera de los cónyuges la solicita por cese de la convivencia, conforme al art. 27 inciso primero de la LMC, el juez está obligado a resolver sobre el cuidado personal, conforme al art. 31 inciso primero de la LMC.

En el caso del divorcio, si es de mutuo acuerdo, se replica acá lo dicho en cuanto a la exigencia del acuerdo regulador (en virtud del art. 55 inciso segundo de la LMC). Y, si bien es cierto que la LMC nada dice sobre el divorcio unilateral en el párrafo donde trata del divorcio, aplicando las normas contenidas en los arts. 67 inciso segundo, 70, 89 y 90, podemos llegar a la conclusión de que, en este caso, también el juez deberá, preceptivamente, pronunciarse sobre el cuidado de los hijos.

En efecto, el art. 67 de la LMC establece que, solicitada la separación, el juez, durante la audiencia preparatoria, debe instar a las partes a una conciliación, la que tendrá por objetivo acordar las medidas que regularán lo concerniente a los alimentos entre los cónyuges y para los hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular y el ejercicio de la patria potestad. Así, el artículo 90 de la LMC establece que en este llamado a conciliación se incluirán estas materias aun cuando no se hubieren solicitado directamente en la demanda o en la reconvención.

Y si las partes no alcanzaren acuerdo, el juez deberá pronunciarse sobre dichas materias, con carácter provisional, de acuerdo con el art. 70 de la LMC.

Asimismo, en materia de procedimiento, el art. 89 de la LMC, ubicado en el Capítulo IX de la LMC, destinado a los juicios de separación, nulidad del matrimonio y divorcio, ordena que las acciones que tengan por objetivo

regular el régimen de alimentos, el cuidado personal de los hijos o la relación directa y regular, cuando no se hubieren deducido previamente de acuerdo a las reglas generales, como asimismo todas las cuestiones relacionadas con el régimen de bienes del matrimonio, que no hubieren sido resueltas en forma previa a la presentación de la demanda de separación, nulidad o divorcio, deben deducirse en forma conjunta con ésta o por vía reconventional, en su caso.

Por último, en cuanto a la nulidad, si bien la LMC no exige el acuerdo completo y suficiente en estos casos, conforme a la historia fidedigna del establecimiento de la Ley¹³⁷, no habría problema en que las partes acordaran regular el cuidado personal de los hijos en el juicio de nulidad. En el caso que no lo hicieren, la Ley no llama al juez a decidir al respecto, a diferencia, como hemos analizado, de la mayoría de los casos de divorcio y separación.

En suma, de lo hasta aquí dicho, se desprende que, la mayoría de las veces, la ley pone a los padres en la situación de decidir qué sucede con el cuidado de los hijos, porque les obliga a presentar el acuerdo completo y suficiente que debe ser homologado por el juez, o bien, indirectamente, los pone en la tesitura de evidenciar sus capacidades, porque ha entregado al juez, sobre la base de los antecedentes que los progenitores le hagan llegar o él solicite, resolver al respecto; es decir, los padres deberán, generalmente, hacer llegar ciertos antecedentes que permitan al juez decidir sobre el cuidado personal.

De esta forma, el esfuerzo que se quiere evitar con una norma como la del art. 225 inciso primero del C.C., se produce igualmente. Se evitaba quizá antes de la LMC, cuando había que iniciar obligatoriamente un juicio de tuición si se quería alterar la regla contenida en dicho artículo. Si no se demandaba el cuidado personal, el juez nada decía ni visaba, porque no existía la figura del acuerdo completo o suficiente ni se obligaba al juez a pronunciarse al respecto en el contexto de una separación (desde luego, no existía divorcio).

Así, sólo en el caso de separación de hecho (propiamente de hecho, sin que los padres acuerden regular las consecuencias de su separación, sea o no matrimonial) y la nulidad, se evitaría un pronunciamiento al respecto, dejando a la mujer el cuidado de los hijos, en cuyo caso, como hemos visto,

137 *Vid.* nota al pie n°9.

hay dificultad igualmente, pues la madre no tiene cómo probar que tiene el cuidado personal¹³⁸.

Entonces, la necesidad de tal regla supletoria se ve restringida a estos casos¹³⁹.

En tercer lugar, autores que defienden la utilidad de la norma, reconocen que la ley no es clara en cuanto a si se ha mantenido la preferencia materna como regla de atribución judicial, ya que el art. 225 inciso 3 C.C. no señala con exactitud si el criterio que debe aplicar el juez es el interés superior del hijo o la preferencia materna del inciso primero del mismo artículo¹⁴⁰.

138 La norma, en efecto, tendría utilidad en los casos de la denominada “entrega inmediata”, a la que, sin embargo, el juez sólo accede cuando existe cercanía temporal muy estricta entre la alteración fáctica del cuidado personal determinado y la solicitud misma de entrega del hijo entablada por el titular de dicho cuidado personal. En todo caso, la entrega inmediata es un procedimiento no previsto expresamente en la Ley de Tribunales de Familia n° 19.968, lo que ha generado discusiones en la práctica judicial. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Excm. Corte Suprema (que acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto por una madre en contra de la Sentencia de la ltma. Corte de Apelaciones de Temuco, confirmatoria de la sentencia de primer grado del Juzgado de Familia de Temuco que, a su vez, rechazó la entrega inmediata solicitada por la madre) de 1 de julio de 2009, Rol 408-2009, determinó que a la madre le correspondía el cuidado personal de su hijo en atención a que ello había sido acordado en un juicio anterior ventilado por los padres separados de hecho. Esto, a diferencia de lo que entendieron los jueces del fondo, es decir, que la gestión de entrega inmediata, pese a haber sido iniciada dos días después que el padre, prolongando indebidamente el régimen de relación directa y regular establecido se negara a devolver al niño a su madre, era aplicable a los casos en que el cuidado personal quedaba atribuido en conformidad al inciso primero del artículo 225 del C.C. o por sentencia judicial que establezca a quien corresponde dicho cuidado y no por transacción judicial. En cambio, en otro fallo, de 13 de septiembre de 2010, la ltma. Corte de Apelaciones de San Miguel rechazó un recurso de amparo interpuesto a favor de una madre y sus hijos, en contra de la juez titular del Primer Juzgado de Familia de San Miguel, quien, con fecha 3 de septiembre de 2010, había dictado orden de entrega inmediata de los hijos a favor del padre de los mismos. En dicha oportunidad, la mencionada jueza informó -y en virtud de ello la Corte falló- que, en la respectiva causa de cuidado personal, los progenitores habían acordado que el padre demandante se desistiera de la acción, siempre que los niños se mantuvieran viviendo con él durante los veinticuatro meses siguientes, fijándose a favor de la madre un amplio régimen comunicacional, y señalando los padres que no interpondrían demandas de cuidado personal ni entregas inmediatas sino sólo las acciones referidas al cumplimiento de dicho acuerdo y que, en virtud de este acuerdo, se había dictado la orden de entrega inmediata. Como vemos, en este caso, se entendió procedente esta medida considerando el cuidado personal acordado judicialmente.

139 Podría agregarse también la hipótesis de los padres que nunca han convivido pero que han concebido un hijo fruto de un encuentro casual. En estos casos, los padres viven separados sin que exista crisis matrimonial o de pareja.

140 Cfr. RODRÍGUEZ, *El cuidado*, cit. nota n.21, p.61. La profesora Rodríguez cita jurisprudencia que da cuenta de esta contradicción. A la que nosotros agregamos la sentencia recaída en la causa “Manríquez con Ortiz”, siendo los siguientes los hechos de la causa: el cuidado personal de uno de los hijos de la pareja había sido entregado al padre mediante acuerdo otorgado por ambos

Esta cuestión resulta de vital importancia para definir si la ley entiende procedente el criterio de inhabilidad de la madre como única causa que permita al juez entregar el cuidado personal al padre.

Una interpretación sistemática no deja dudas en cuanto a que el criterio judicial es el *favor filii*. El juez debe analizar la situación que conoce conforme a los principios que le señala el mismo Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil y la Ley de Tribunales de Familia¹⁴¹: fundamentalmente, el interés superior del hijo y su derecho a ser oído. Así, el art. 225 inciso primero del C.C. perdería su automatismo, pues el juez está llamado a aplicar dichos principios al resolver

progenitores, ante el Oficial de Registro Civil, el 10 de septiembre de 2008. Meses más tarde, la madre había solicitado la entrega inmediata de sus hijos, logrando recuperar sólo el de uno de ellos. Al momento de conocerse el recurso de casación en el fondo recaído en esta causa, la hermana pequeña del niño respecto del cual se estaba discutiendo el cuidado personal, vivía con la madre y abuela, siendo la relación entre ambos hermanos buena y afectuosa, y existiendo un régimen de relación directa y regular respecto de cada padre. El Juzgado de Rancagua, mediante sentencia de 24 de junio de 2009, acogió la demanda intentada por la madre del menor solicitando el cuidado personal, fundando su decisión en que no existían inhabilidades que obstaculizaran la aplicación de la “*regla natural prevista en el artículo 225 del Código Civil*”, en que, atendido el interés superior del niño, debía revocar el acuerdo previo de los padres por el cual se había radicado el cuidado personal en el padre, y en el beneficio que reportaba para el niño el crecer con su hermana. El padre apeló y, en sentencia de 12 de agosto de 2010, la Corte de Apelaciones de Rancagua revocó dicha decisión, entregando el cuidado personal al padre, invocando que era inconveniente para la estabilidad y normal desarrollo del niño el que, dos años después de estar viviendo con el padre, la madre recuperara su cuidado personal. En contra de esta última decisión, la madre interpuso recurso de casación, en el fondo fundándose en que los sentenciadores no consideraron que el interés superior del niño aconsejaba que el menor creciera y se desarrollara junto a su madre y hermana, y en que la resolución de la Corte de Rancagua no atendía a las necesidades afectivas y de protección que un niño tiene, ni al hecho de que, para su desarrollo integral, era preciso restablecer los vínculos naturales que fueron afectados por los problemas suscitados al interior de la pareja. La Excm. Corte Suprema estimó que ambos padres contaban con las habilidades parentales y recursos personales suficientes para ejercer sus roles de manera adecuada y satisfactoria, representando figuras significativas y de apego para sus hijos. La Excm. Corte Suprema señaló que la regla del artículo 225 inciso primero supone la inexistencia de acuerdos o pactos que la alteren; que nada impide revisar la situación en base al interés superior del hijo, pudiendo modificarse, entonces, la regla del inciso segundo del artículo 225 C.C., confiando el cuidado al otro padre siempre que se establezca con claridad y certeza que el interés del menor lo haga indispensable. Sin embargo, para el caso en cuestión, la Excm. Corte Suprema decidió que no se había acreditado inhabilidad en la madre, la que había intentado recuperar a su hijo durante dicho lapso de dos años y que, en definitiva, los sentenciadores no habían señalado los motivos por los cuales era más conveniente que el hijo permaneciera con su padre, incurriendo en errónea aplicación de los artículos 225 inciso segundo C.C. y artículo 16 de la Ley nº 19.968. En esta sentencia vemos reflejada la poca claridad de la ley, en cuanto la Excm. Corte Suprema debate, primero, sobre la dinámica del artículo 225 C.C., a la luz del interés superior del hijo, para, finalmente, concluir que si bien ambos padres eran hábiles parentalmente, no se había logrado acreditar la inhabilidad de la madre.

141 Conforme a los artículos 222 y 242 C.C., artículos 3 inciso primero y 85 inciso segundo de la LMC, y artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia nº 19.968, entre otros.

sobre el cuidado personal y no el criterio de atribución materna que dicha norma contiene. Si decide radicar este derecho-función en la madre no será porque dicho artículo se lo ordene, sino por aplicación de directrices superiores.

No obstante, creo que el juez se inclina por aplicar la regla de “orden natural”¹⁴² —como se afirma en numerosas decisiones judiciales, especialmente, de nuestros tribunales superiores de justicia—, a lo que viene en ayuda, precisamente, la sabida imprecisión del “interés superior”, principio en el que puede “escondarse” el verdadero criterio del juez al decidir, es decir, aplicar automáticamente el inciso primero del art. 225 C.C.

Además, el mencionado inc. 3 señala que “cuando el interés del hijo lo haga indispensable”. La palabra “indispensable” parece ser más exigente, en cuanto sólo se conforma con un estándar mayor que el mero “interés superior”, lo que da pie para que el juez sea también más exigente al momento de modificar esta regla supletoria.

La profesora Rodríguez¹⁴³ desestima la preferencia materna como criterio de atribución judicial. En el antiguo art. 223 C.C. habría sido un criterio de atribución legal y judicial, pues la madre tenía que incurrir en inhabilidades para ser privada del cuidado personal. El espíritu de la Ley de Filiación N° 19.585 habría sido dejar subsistente la preferencia materna solo como regla legal supletoria y no como criterio judicial. El criterio judicial sería el interés superior de los hijos.

142 Sólo a modo de ejemplo, se alude a esta idea en la sentencia de la Excm. Corte Suprema (que rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por el padre en contra de la Sentencia de la ltma. Corte de Apelaciones de Chillán, que confirmaba la sentencia de primera instancia del Juzgado de Familia de Chillán que, a su vez, rechazaba la demanda reconvenzional del padre solicitando el cuidado personal compartido de su hija) de 15 de julio de 2008, Rol 3097-2008; y también en la Sentencia de la Excm. Corte Suprema (que acogió una solicitud de la madre de entrega inmediata de sus dos hijos, rechazando el recurso de casación en el fondo interpuesto por el padre contra la Sentencia de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago confirmatoria de la sentencia de primer grado del Tercer Juzgado de Familia de Santiago) de 9 de julio de 2007, Rol 5458-2006. Este último fallo tiene el siguiente tenor: “Siendo el interés superior del niño un principio fundamental en el ordenamiento jurídico nacional, no se advierte del mérito de autos que los sentenciadores lo hayan preterido en beneficio de la madre. Antes al contrario, se ha respetado la *regla de orden natural* prevista en el art. 225 CC, en cuanto a que la crianza de los hijos, en caso de separación, corresponde a la madre” (énfasis añadido). En este mismo sentido, la Sentencia de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago (que confirma la resolución apelada) de 13 de enero de 2006, Rol 6785-2005, establece: “El hecho de que *el padre tampoco presente inhabilidad para hacerse cargo* del cuidado personal del hijo menor y cuente con una red familiar que lo apoyaría en esa tarea, es obviamente una cuestión positiva, pero que no constituye una causa legal para inhibir a la madre en el ejercicio de una función que la ley le ha encomendado y respecto de la cual no presenta inhabilidad para realizarla” (énfasis añadido).

143 RODRÍGUEZ, *El cuidado*, cit. nota n.21, p.64.

De seguir esta tesis, entonces, tenemos una razón más para destruir la utilidad del art. 225 inciso primero C.C. Si, cuando no hay acuerdo, decide el juez y éste no tiene que aplicar la preferencia materna, cabe preguntar ¿de qué sirve esta norma supletoria? Si, cuando no hay acuerdo, decide el juez aplicando el criterio del interés superior del hijo y no la preferencia materna, la norma supletoria pierde su ventaja. Sin embargo, creemos que el juez sí aplica esta preferencia materna, porque entiende que entre ella y dicho interés superior hay sinonimia. Esta cuestión explicaría que, muy escasamente, se otorgue judicialmente al padre el cuidado personal¹⁴⁴. Así, para alterar la regla del 225

144 La excepcionalidad de la atribución judicial paterna es reconocida por RODRÍGUEZ, *El cuidado*, cit. nota n.21, p.68. A mayor abundamiento, a continuación se transcriben los considerandos más relevantes de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 16 de agosto de 2010, recaída en la causa “Meza con De la Rivera”, en que se acogió el recurso de casación en el fondo interpuesto por el padre de un menor de nueve meses de edad, solicitando se dejara sin efecto el fallo de la ltima. Corte de Apelaciones de Antofagasta que había rechazado su demanda de cuidado personal, acogiendo la apelación interpuesta por la madre, y que da cuenta de esta excepcionalidad. “Tercero: (...) Los jueces de alzada, eliminando todas las consideraciones vertidas en los motivos octavo a undécimo del fallo apelado, modificaron lo que había sido resuelto, rechazando la demanda intentada por el padre del menor, atendido el hecho que al no existir inhabilidad legal de la madre, correspondía a ésta el cuidado del menor, no existiendo motivo o causa calificada que permita determinar lo contrario, al estimar que la prueba y decisión de primer grado, se han sustentado fundamentalmente en el rol parental de la demandada con sus hijos mayores y con su sobrina; Cuarto: Que, al efecto, útil es anotar que el artículo 224 del Código Civil, establece que corresponde a los padres, o al padre o madre sobreviviente el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos. Este es un deber genérico, comprensivo de todos los que corresponden a los padres respecto de sus hijos, como responsabilidades que derivan precisamente de la filiación y que deben cumplirse teniendo como preocupación fundamental el interés superior del hijo, en conformidad con el inciso segundo del artículo 222 del Código Civil (...); Sexto: Que, en el caso de autos los padres del menor no han celebrado una convención acerca de su tuición, por lo que, en este contexto, la madre tiene por ley el cuidado personal de su hijo, salvo que sea privada de ello por inhabilidad o porque el interés superior del niño haga necesario alterar esta regla; Undécimo: Que no obstante la trascendencia antes anotada del principio en estudio, cabe destacar que en la especie los jueces del grado no se han hecho cargo en sus motivaciones de la situación del menor –desde la perspectiva de su interés superior– limitándose en sus reflexiones a reconocer por sobre otra consideración el derecho legal de la madre a ejercer el cuidado del hijo, al extremo de limitarse en su análisis sólo al descarte de causales de inhabilidad por parte de la progenitora, para concluir que a ella debe confiarse su cuidado, sin atender a la condición del niño, como sujeto de derecho de especial protección por el legislador; Décimo tercero: Que, así las cosas, aún cuando en el caso sub lite no se han establecido inhabilidades por parte de la madre para ejercer el cuidado de su hijo, los jueces del fondo debieron considerar el Interés Superior del Menor y en este aspecto las circunstancias reseñadas en el motivo anterior, constituyen causa calificada y suficiente a la luz de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, para determinar que éste se mantenga bajo el cuidado de su padre, por sobre el derecho que le asiste a su madre en orden a hacerse cargo de su crianza, porque en las particulares condiciones de vida del niño, la satisfacción plena de sus derechos aparece garantizada de mejor manera al lado y bajo el cuidado de su progenitor”. Asimismo, la Excma. Corte Superama, con fecha 18 de noviembre de 2010,

inciso 1 C.C. se debe probar descuido, maltrato u otra causa calificada respecto de la madre –en conformidad al inciso tercero del mismo artículo–, o bien, que ella ha caído en alguna inhabilidad del art. 42 de la Ley de Menores n°16.618¹⁴⁵. Esta prueba es demasiado gravosa para el padre que desea ejercer el cuidado de su hijo y que, en principio, es igualmente apto que la madre para ejercerlo. Esta excesiva carga procesal lo dejaría en una situación desigual, factor que podría explicar la escasa atribución paterna del cuidado personal.

Por último, cabe señalar que, en materia de salida de menores al extranjero, hay situaciones en que no sirve tampoco la regla supletoria de atribución materna. La madre puede tener el cuidado personal en virtud del art. 225 inciso primero C.C. pero no lo puede probar, y si la relación directa y regular no se ha establecido judicialmente, deberá obtener, de todas formas, la autorización del padre no asignatario¹⁴⁶.

Así, como hemos señalado, la regla legal supletoria del art. 225 inciso primero C.C. no presenta las virtudes que se le atribuyen: a) genera un problema

rechazó el recurso de casación intentado por la madre en contra de la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago que revocaba la sentencia de primera instancia que, a su vez, había rechazado la demanda de cuidado personal intentada por el padre, fundándose en lo siguiente: “Tercero: Que la decisión de los sentenciadores del grado de conceder el cuidado personal del menor a su padre, se funda en lo que dichos jueces del fondo consideran satisface su interés superior, pues estiman que junto a éste se ve resguardado y asegurado su derecho a desarrollarse en un hogar que le brinde seguridad y protección, el que corresponde a aquél bajo cuyo amparo ha estado desde que se produce la separación de sus padres, contexto en el cual ha generado arraigo con el grupo familiar del que ha formado parte y se ha relacionado socialmente en los aspectos propios de su edad. Sexto: Que respecto del Principio del Interés Superior del Menor, cabe señalar que los jueces del fondo ven garantizado dicho principio con la permanencia del niño al cuidado de su padre, conforme a las razones que consignan en el fallo impugnado y que se han referido en el motivo tercero. Dicha conclusión ha sido establecida sobre la base de los presupuestos surgidos del proceso de apreciación; de modo que no es posible entender que en la especie se haya vulnerado el artículo 225 del Código Civil”.

145 La doctrina y la jurisprudencia no se han uniformado en el sentido de que este último artículo se aplique sólo en la hipótesis del art. 226 del C.C., es decir, para establecer el cuidado personal a favor de un tercero y no para radicarlo en uno de los padres, hipótesis ésta en que sería procedente el art. 225 inciso tercero C.C., es decir, sólo respecto de ellos cabría probar descuido, maltrato u otra causa y no las inhabilidades del mencionado art. 42. Por esta última posición se inclina RODRÍGUEZ, *El cuidado*, cit. nota n. 21, p.60, si bien dando cuenta de esta disparidad doctrinal y jurisprudencial. Debe tenerse en cuenta que el art. 42 de la Ley de Menores n° 16.618 contiene una última causal genérica (n°7: cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material) en la que bien podría caber el descuido, maltrato u otra causa calificada del art. 225 inciso 3 C.C.

146 Conforme al art. 49 de la Ley de Menores n° 16.618, regulado el régimen de relación directa y regular por sentencia judicial o avenimiento, se requerirá la autorización del padre o madre a cuyo favor se estableció, salvo si el menor sale del país en compañía de la persona o personas que deben prestarlo.

probatorio en situaciones de separación de hecho; b) no es necesaria, salvo la hipótesis de separación de hecho y nulidad; c) no existe claridad acerca de su utilidad como criterio de atribución judicial; d) presenta problemas probatorios en materia de salida de menores al extranjero.

En suma, no creo que este criterio de distinción entre padre y madre, en estas materias, obedezca a la idea de necesidad. Desde el punto de vista de la necesidad, la norma del art. 225 inciso primero del C.C. no se justifica y no supera el “test de razonabilidad”.

Sobre la idoneidad de la norma

Según consta en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, la idoneidad de la norma estaría dada en la medida que satisface un criterio práctico: la radicación legal del cuidado de los hijos, si no hay acuerdo, evita numerosas dificultades y responde a la práctica, que demuestra que lo más frecuente es que sea la madre la que lo asuma cuando los padres no viven juntos¹⁴⁷.

Creo que, conforme a los principios generales que inspiran la legislación de familia y, en especial, conforme a los postulados de la Convención de los Derecho del Niño, el criterio para determinar la idoneidad de una norma rectora en materia de atribución del cuidado personal, no puede ser otro que el interés superior del niño¹⁴⁸. Sin embargo, el art. 225 inciso primero C.C. no menciona este principio al establecer la regla supletoria de atribución preferente materna. Y no solo no lo menciona sino que, con un criterio de asignación automática, no lo satisface. Menos aún, en nuestro concepto, si descansa en una distinción entre padre y madre que no apela a su aptitud sino solo al sexo de uno u otro progenitor.

¿A qué responde entonces la norma del art. 225 inciso primero del C.C.?

Lo que ocurre es que, utilizando una regla supletoria o dispositiva, el legislador presume que la madre es la más idónea para el cuidado de los hijos porque tiene aptitudes connaturales para ello, cuestión que, como hemos dicho, también asume el juez al decidir sobre el cuidado personal de los hijos. Recordemos que, mediante las normas supletorias, el legislador reproduce la voluntad presunta de las partes, reglamentando la relación jurídica como probablemente lo habrían hecho ellas mismas si hubieran manifestado su voluntad, o bien, considerando principalmente las tradiciones, las

147 Vid. nota al pie n°9.

148 En este sentido, GÓMEZ DE LA TORRE, *El Sistema*, cit. nota n.6, pp.39-47 y, en especial, pp.140 a 142.

costumbres, los hábitos, o el interés general¹⁴⁹. En este caso, el legislador estaría reproduciendo la tendencia observada en los hechos, que demostraría que, en la gran mayoría de los casos, los hijos permanecen junto a su madre luego de la crisis matrimonial o de pareja.

Sin embargo, si se siguiera esta regla, reproduciendo la voluntad presunta de los padres o aplicando la costumbre, en conformidad a este “condicionamiento natural”, muchas de las normas de nuestro Derecho de Familia estarían dirigidas sólo a la mujer: el legislador debiera establecer, por ejemplo, que solo la mujer tendrá derecho a compensación económica porque es ella la que, en la gran mayoría de los casos, se dedica al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, postergando su desarrollo profesional o laboral, de manera de descartar al marido como asignatario, solución que constituiría un absurdo frente al principio de igualdad.

La proporcionalidad de la norma

La proporcionalidad comprende tres conceptos¹⁵⁰:

- La adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido
- La necesidad de utilización de esos medios para el logro del fin (que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que se sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios)
- La proporcionalidad, en sentido estricto, entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

Contraponamos a la norma del art. 225 inciso primero C.C. el fin que se persigue con el establecimiento de ese trato: evitar pronunciamientos adicionales.

Pero ¿el hijo tiene más que perder si se obliga a hacer un ejercicio de responsabilidad parental a los padres?, es decir, llamarlos a reflexionar acerca de ¿quién de los dos es el más apto, o los dos, o ninguno?

149 Estos son los criterios del legislador al dictar normas de este tipo. Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, Tratado, cit. nota n.20, p.117.

150 Cfr. VELOSO, “Igualdad”, cit. nota n.10, p.233 y BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007.

En cuanto a la necesidad de utilización de los medios, ya hemos dicho que el criterio de atribución legal no es necesario salvo el caso de separación propiamente de hecho y nulidad. Al respecto, podemos decir, incluso, que en los casos en que el padre altere fácticamente la atribución materna del art. 225 inciso 1 C.C., el juez, de todas formas, se pronunciará sobre el cuidado personal: directamente, porque puede suceder que el padre entable una demanda de cuidado personal después de alterar fácticamente el cuidado personal materno, o bien, indirectamente, si se inicia el procedimiento de entrega inmediata por parte de la madre, es decir, se pronunciará sobre la conveniencia de que los hijos permanezcan con el titular establecido. En este sentido, creemos que, cuando se altera la situación que venía dándose, amparada por la regla supletoria en cuestión, el juez no debería volver las cosas a su “estado anterior”, es decir, ordenar la entrega inmediata a la madre, sin hacer una valoración acerca de si ello, verdaderamente, satisface el interés del hijo, es decir, creemos inadecuado aplicar automáticamente esta regla sin pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Es posible afirmar que existen otros medios, como el acuerdo de los progenitores, que la misma ley reconoce para la mayoría de los casos en que se aplica teóricamente el art. 225 inciso primero C.C. en la hipótesis “si viven separados” y que pueden conducir perfectamente al fin que el espíritu del legislador quiere satisfacer (el interés superior del hijo). El principio satisfecho por el logro de este fin, esto es, la conveniencia práctica del art. 225 inciso primero C.C., sacrifica un principio constitucional más importante que dicha conveniencia práctica: el principio de igualdad.

LA (IN)CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA DE ATRIBUCIÓN MATERNA PREFERENTE A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD MATERIAL

Como hemos venido adelantando, defendemos que la norma contenida en el artículo 225 inciso primero del C.C. es inconstitucional frente al principio de igualdad consagrado en el artículo 19 N°2 de la CPR.

En efecto, desde el punto de vista de la igualdad formal, el Código Civil establece una discriminación en *contra del hombre*, que no se justifica en ningún criterio de necesidad aceptable, ni de razonabilidad, ni de proporcionalidad, sin superar, así, el “test de razonabilidad” y el “test de proporcionalidad” que aquí hemos intentado desarrollar, es decir, se trata de una discriminación arbitraria.

Por otra parte, junto con contravenir el mencionado artículo 19 N°2 de la Carta Fundamental, el art. 225 inciso primero C.C. transgrede ciertas y determinadas normas contenidas en Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile que se encuentran vigentes, y que revelan no sólo la dimensión formal del principio de igualdad sino también, especialmente, su dimensión real.

En primer lugar, el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵¹ establece que los Estados Partes se comprometen a garantizar a *hombres y mujeres* la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en dicho Pacto. El artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales¹⁵² señala que los Estados Partes se comprometen a asegurar a los *hombres y a las mujeres* igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en dicho Pacto. El artículo 17 inciso cuarto del Pacto de San José de Costa Rica¹⁵³ preceptúa que los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo; agregando que, en caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. Nótese que el llamado a la igualdad subsiste en casos de *disolución del matrimonio* y que debe garantizarse el *bienestar de los hijos sobre la base única de su interés y conveniencia*.

Por otro lado, la CPR chilena no sólo consagra el principio de igualdad jurídica en su artículo 19 n° 2, sino que se refiere también a la consecución de la igualdad real en su artículo 1, en cuanto establece: a) que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a *crear las condiciones* sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece; y b) en cuanto señala que es deber del Estado asegurar el derecho de las personas a participar con *igualdad de oportunidades* en la vida nacional.

Esta segunda dimensión del principio de igualdad se denomina igualdad material o real y busca concretizar, hacer realidad, el principio de igualdad consagrado normativamente¹⁵⁴.

151 Este Pacto entró en vigencia en Chile el año 1989 y está contenido en el Decreto 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 29 de abril de 1989, que lleva por título “Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución n°2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha”.

152 Este Pacto entró en vigencia en Chile el año 1989 y está contenido en el Decreto 328 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 27 de mayo 1989, que lleva por título “Promulga Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969”.

153 Esta Convención entró en vigencia en Chile el año 1991 y está contenida en el Decreto 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 5 de enero de 1991, que lleva por título “Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica”.

154 *Vid.* nota al pie n°10.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹⁵⁵ se refiere, claramente, a esta especial dimensión de la igualdad. En primer lugar, no debemos perder de vista el concepto de discriminación que la CEDAW nos entrega en su artículo 1. En efecto, esta norma establece que la expresión “*discriminación contra la mujer*”, denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por *objeto* o por *resultado* menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Como queda claro, la discriminación contra la mujer no sólo se produce cuando existe intención de discriminar sino también cuando, por resultado, se produzca discriminación¹⁵⁶. De esta forma, una norma puede, aparentemente, proteger a la mujer pero, en su resultado, discriminarla. En otras palabras, para analizar si una norma es arbitrariamente discriminatoria no basta con examinarla formalmente, con realizar un juicio de legitimidad constitucional formal, sino que se la debe evaluar en sus *resultados*.

Así, el artículo 5 de esta Convención señala que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) modificar los *patrones socioculturales* de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en *funciones estereotipadas* de hombres y mujeres; y b) garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la *maternidad como función social* y el reconocimiento de la *responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos*, en la inteligencia de que el *interés de los hijos* constituirá la consideración primordial en todos los casos.

En segundo lugar, su art. 16 apartado 1, incisos d) y f), establece: d) que los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en *condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: los mismos derechos y*

155 Esta Convención entró en vigencia en Chile el año 1989 y está contenida en el Decreto 789 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 12 de diciembre de 1989, que lleva por título “Promulga Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979”. En adelante CEDAW.

156 Que es lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido denominando “discriminación inversa”. *Vid.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia Regina contra Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez (cuestión prejudicial), causa 167/97, de fecha 9 de febrero de 1999, En <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0167:ES:HTML> [visitado 31/08/2010].

responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los *intereses de los hijos* serán la consideración primordial; f) y los *mismos derechos y responsabilidades* respecto de la tutela, curatela, *custodia* y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los *intereses de los hijos* serán la consideración primordial.

En este mismo sentido, la Convención de Belém do Pará¹⁵⁷ señala en su artículo 6, que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. Su artículo 8 letra b) establece que los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: modificar los *patrones socioculturales* de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar *prejuicios y costumbres* y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe de Fondo recaído en el caso María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala) de 19 de enero de 2001¹⁵⁸, aplica esta dimensión de la igualdad real. En este caso, la Comisión detectó violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos en las disposiciones del Código Civil guatemalteco que, referidas a las relaciones domésticas, asignaban responsabilidades y obligaciones solamente al marido, en virtud de su papel como proveedor de ingresos. Así, la Comisión señaló que lejos de asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades matrimoniales, estas normas institucionalizaban desequilibrios entre los derechos y deberes conyugales. En este sentido, la Comisión expresó su preocupación frente a los graves efectos de la discriminación contra las mujeres y las nociones estereotipadas de sus

157 Esta Convención entró en vigencia en Chile el año 1998 y está contenida en el Decreto 1641 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 11 de noviembre de 1998, que lleva por título “Promulga Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, denominada “Convención de Belém do Pará”, adoptada el 9 de junio de 1994”.

158 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 4/01 Caso 11.625 María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de enero de 2001, párrafo 36, En <http://www.cidh.org/women/Guatemala11.625.htm> [visitado el 31/08/2010].

funciones al interno de la familia que, a la larga, perpetúan una discriminación *de facto* contra las mujeres, para concluir que la aplicación de “*nociones estereotipadas del papel de las mujeres y los hombres*” no constituye un criterio apropiado para asegurar un equilibrio adecuado entre los derechos y deberes familiares del hombre y de la mujer.

A la luz de estas disposiciones, creemos que, desde la perspectiva de la igualdad real o material, el artículo 225 inciso primero C.C. consagra un falso caso de discriminación inversa¹⁵⁹, por cuanto, en vez de revertir una situación de discriminación histórica, reproduce estereotipos fijados a partir de la naturalización de la diferencia sexual.

Estimo que el legislador chileno y la doctrina que defiende la tesis de atribución preferente materna, asumen una “inclinación de orden natural” como un determinado estado de cosas, sin detenerse en las consecuencias de esa decisión. Asumir un supuesto “estado de cosas” no quiere decir que la opción legal que se ha tomado guarde armonía con ese “estado de cosas”. Profundizaremos este argumento más adelante.

LAS SOLUCIONES EN EL DERECHO COMPARADO

Nuestro C.C. se aparta de la tendencia en el Derecho comparado que, en la gran mayoría de los casos, no prevé norma supletoria sino una atribución convencional homologada por el juez. Comentaremos el caso francés, italiano y español, por presentar reformas recientes en la materia; el caso alemán que, en un punto específico podría presentar semejanzas con la regla chilena; y el argentino, que establece la atribución preferente materna de los hijos hasta los cinco años.

Francia

Conforme al artículo 371-1 del Código Civil francés, la autoridad parental es un conjunto de derechos y de obligaciones que tienen como fin el interés del hijo. Esta institución reúne las cuestiones de carácter personal y patrimonial

159 La discriminación inversa (o la implementación de medidas de acción positiva) tiene su origen en la lucha contra la discriminación racial a través de las leyes de cupo a favor de las personas de raza negra en Estados Unidos. Sobre este tema, BUSTOS BOTTAI, Rodrigo, “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la Jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad efectiva”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 6, julio 2007, p.133. En el Código de Bello, la mujer tenía capacidad disminuida en el ámbito personal y patrimonial. Con el tiempo, la mujer va siendo validada por la ley en lo personal (desde luego, y recién el año 1989, se deroga la potestad marital). Esto que, en principio, podría parecer un caso de “discriminación positiva”, no lo es en realidad.

relativas al hijo, a diferencia de lo que sucede en nuestro Derecho, en donde la patria potestad se refiere sólo a los bienes del hijo¹⁶⁰. El párrafo primero de esta norma fija el contenido de la autoridad parental señalando que ella pertenece al padre y a la madre hasta la mayoría de edad o emancipación del hijo, para velar por su seguridad, su salud y su moralidad, para asegurar su educación y permitir su desarrollo con el respeto debido a su persona¹⁶¹.

La autoridad parental se ejerce de manera conjunta por ambos progenitores, regla que no se ve alterada por la posterior separación de los padres. Así lo prescribe el artículo 373-2 del *Code*: la separación de los padres no repercute en las reglas de atribución del ejercicio de la autoridad parental. Sin embargo, más adelante, el artículo 373-2-1 puntualiza que, si el interés del hijo lo exige, el juez podrá confiar el ejercicio de la autoridad parental a uno de los padres, conservando el otro: a) el derecho de visitas y de tener en compañía a su hijo; b) el derecho y el deber de cuidar del sustento y educación del hijo; y c) el derecho a ser informado de las decisiones importantes relativas a la vida de este último.

Los elementos que el juez debe considerar en cuanto a la forma de ejercicio de la autoridad parental (artículo 373-2-11 del *Code*) son: 1º La práctica seguida por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad; 2º Los sentimientos expresados por el niño en las condiciones previstas en el artículo 388-1¹⁶²; 3º La aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro; 4º El resultado de las exploraciones periciales que hayan podido efectuarse; y 5º Los datos de los informes y contrainformes sociales que hayan podido llevarse a cabo.

Entonces, la regla general es que, pese a su ruptura, los progenitores continúan compartiendo la titularidad y ejercicio de la autoridad parental. Ahora bien, en lo que respecta a la convivencia con los hijos, el primer párrafo del artículo

160 No está claro en la doctrina la razón por la cual Bello elevó esta barrera entre lo personal y lo patrimonial, aspecto en el que, desde siempre, nuestro ordenamiento se ha apartado del Derecho comparado.

161 Para comentar las disposiciones del *Code* nos basamos en la traducción efectuada por NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, *Código Civil Francés*, edición bilingüe, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp.225 y ss.

162 Esta norma establece que, en cualquier procedimiento que le concierna, el menor que sea capaz de discernir podrá ser oído por el juez o por la persona designada por éste al efecto, sin perjuicio de las disposiciones que prevén su intervención o su consentimiento. Su párrafo segundo agrega que, cuando el menor lo solicite, habrá de ser oído, salvo resolución en contra especialmente motivada. Podrá ser oído solo, con un abogado o con una persona de su elección. Si esta designación no pareciera conforme al interés del menor, el juez podrá nombrar otra persona. Por último, la norma agrega que la audiencia del menor no le confiere la condición de parte procesal.

373-2-9 del Código Civil francés enumera, en primer término, la posibilidad de acordar la residencia alternativa del niño en el domicilio de cada uno de los padres o bien el domicilio de uno de ellos¹⁶³. Luego, en el párrafo segundo, prevé que la residencia alternativa en el domicilio de cada uno de sus padres sea introducida sin el mutuo consentimiento de las partes, pero sólo con carácter temporal, con el objeto de determinar su funcionalidad. Una vez finalizado el periodo fijado para la determinación de la funcionalidad de la residencia alternativa, el juez decidirá definitivamente al respecto, determinando que continúe esta modalidad o que se implemente el cuidado unilateral.

El *Code* establece que tanto los padres, de mutuo acuerdo (artículo 373-2-7) como uno de ellos (art. 373-2-8), podrán acudir al juez de familia para que se determine la forma en que ejercerá la autoridad parental y la contribución al sustento y educación del hijo. No establece regla supletoria ni atribución preferente si no hay acuerdo. En este último caso, sólo se prevé que el juez trate de conciliar a las partes (art. 373-2-10 del *Code*).

Italia

En Italia existe, al igual que en el caso francés, una institución que regula conjuntamente las cuestiones de índole personal y patrimonial relativas al hijo. El inciso tercero del artículo 155 del *Codice*¹⁶⁴ prescribe que la *potestà genitoriale* es ejercitada por ambos progenitores y que las resoluciones de mayor interés para los hijos relativas a su instrucción, educación y salud deben ser adoptadas de común acuerdo teniendo en cuenta la capacidad, las inclinaciones naturales y las aspiraciones de los mismos y que, en caso de desacuerdo, la decisión corresponde al juez. Cabe destacar que éste puede establecer que los progenitores ejerciten dicha potestad de forma separada sólo respecto de las determinaciones sobre cuestiones de ordinaria administración.

Por su parte, en cuanto a la convivencia con el hijo, el art. 6 párrafo segundo de la Ley de Divorcio italiana y el art. 155 del Código Civil italiano, prescriben

163 Si esta fuera la modalidad que escogen los padres, existiría una *garde conjointe physique* y una *garde conjointe matérielle*, similar a lo que sucede en el Derecho estadounidense, pionero en esta modalidad de organización del cuidado personal. En efecto, en este Derecho existe una *joint legal custody*, por la cual ambos progenitores adoptan las decisiones sobre cuestiones importantes que afectan la vida del hijo (conforme a lo que hemos dicho, la autoridad parental francesa se mantiene en ambos padres), independientemente de cómo se organice la convivencia con éste. En virtud de la *joint physical custody*, en cambio, cada uno de los progenitores vive con el hijo por periodos sucesivos relativamente similares. Sobre la nueva regulación de la ley francesa aquí comentada, puede consultarse FULCHIRON, Hughes, "L'autorité parentale rénovée", *Répertoire du Notariat Defrénois*, 15 de agosto de 2002, n° 15, pp.965-966.

164 La traducción de las normas respectivas es propia.

que el tribunal que pronuncia la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio declara a cual progenitor corresponde el cuidado de los hijos y adopta cualquier otro pronunciamiento relativo a los hijos teniendo presente los intereses materiales y morales de los mismos. No se pronuncia acerca de la situación de separación de hecho estableciendo normas supletorias.

El 8 de febrero de 2006 se dictó la Ley número 54, “sobre disposiciones en materia de separación de los progenitores y cuidado compartido de los hijos” que vino a establecer, entre otras cuestiones, que el *affidamento condiviso* (cuidado compartido) constituye una valoración prioritaria al momento de determinar judicialmente el modo en que se ejercerá el cuidado de los hijos (inciso segundo del artículo 155 del *Codice*). El artículo 155 *bis* del *Codice*, referido al cuidado ejercido por uno solo de los progenitores y a la oposición al cuidado compartido, agrega que el juez puede disponer el cuidado unilateral del hijo desde el momento en que considere, a través de una decisión motivada, que el cuidado ejercido por el otro padre sea contrario a los intereses del hijo. Su inciso segundo agrega que cada uno de los padres puede, en cualquier momento, solicitar el cuidado exclusivo cuando subsistan dichas condiciones indicadas. El juez, si acoge la petición, debe ordenar el cuidado exclusivo al progenitor solicitante, poniendo a salvo lo más posible los derechos del hijo previstos en el primer inciso del artículo 155 de dicho cuerpo legal. Si la petición resulta manifiestamente infundada, el juez puede considerar el comportamiento del padre solicitante con el fin de determinar las medidas a adoptar en el interés del hijo, además de la aplicación del artículo 96 del Código de Procedimiento Civil italiano¹⁶⁵.

España

El caso español es interesante porque, hasta 1990, el Código Civil contenía una atribución preferente del cuidado de los hijos menores de siete años a la madre, la que fue derogada mediante Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

165 La reforma de 2006 ha introducido una modificación al artículo 709 *ter* del Código de Procedimiento Civil italiano, que permite al juez disponer el resarcimiento del daño causado en caso de graves incumplimientos o de actos que produzcan perjuicio al menor u obstaculicen el correcto desarrollo de las modalidades de custodia, sea a favor del menor o del otro progenitor, así como condenar al padre o madre incumplidor al pago de una sanción administrativa pecuniaria de hasta cinco mil euros. Sobre la reforma italiana de 2006, puede consultarse, DE FILIPPIS, Bruno, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Cedam, Padova, 2006.

En España, el legislador de 1981, año en que se reconoce legalmente el divorcio vincular en este país, recogió la realidad social de la época que reconocía a la madre una mayor idoneidad en la esfera personal del cuidado de sus hijos. La Ley 11/1981 de 13 de mayo “de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio”, reguló los criterios de atribución y ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos, refiriéndose, expresamente, a los casos de no convivencia entre los progenitores (artículos 156 a 159, Capítulo I, Título VII, del Libro I del Código Civil español relativo a las relaciones filiales). Además, reformó los artículos 154 y 156 del mismo cuerpo legal produciendo un importante cambio en materia de patria potestad (entendiendo esta institución como comprensiva de lo relativo a la persona y bienes del hijo), al establecer que su titularidad y ejercicio correspondían a ambos padres que, en plano de igualdad, pasaron a ejercer los derechos y deberes que antes eran privativos de uno u otro, dependiendo de con quién convivía el hijo. Por su parte, la Ley 30/1981 de 7 de julio “por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de separación, nulidad y divorcio”, reafirmó dichos criterios en el contexto de la crisis matrimonial, en los artículos 90 a 92 del Código Civil español, dejando, en todo caso, la decisión a los padres mediante el correspondiente acuerdo regulador.

Así, en esos años y hasta antes de la mencionada reforma de 1990, el art. 159 del Código Civil español, referido a la facultad del juez para la determinación del cuidado de los hijos (guarda), contemplaba una atribución directa del cuidado de los hijos menores de siete años a la madre, salvo que el juez por motivos especiales proveyere de otro modo. La Ley 11/1990, de 15 de octubre “sobre reforma del Código Civil en aplicación de principio de no discriminación por razón de sexo”¹⁶⁶, modificó dicho art. 159 del Código Civil, eliminando la atribución preferente a la madre.

Actualmente, en sede de crisis matrimonial, en cuanto al cuidado personal, el art. 90 del Código Civil español lo contempla como uno de los aspectos a los cuales debe referirse el convenio regulador¹⁶⁷.

166 Sobre esta Ley, *vid.* BENAVENTE MOREDA, Pilar, “La custodia de hijos menores de edad: el artículo 159 del Código Civil”, *Revista de Derecho Privado* julio-agosto, 1990, pp.561-582.

167 Luego de la reforma introducida en el Código Civil español mediante Ley 15/2005 de 8 de julio “por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio”, el artículo 92 de este cuerpo legal establece, en su párrafo quinto, que se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

Se ha entendido que el señalado art. 159 del Código Civil español se aplica a las hipótesis de separación de hecho, cuando los padres no han dispuesto nada acerca del cuidado personal de sus hijos. La norma establece: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírán, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”. Como vemos, la disposición actual entrega al juez la decisión sobre el cuidado de los hijos, sin supeditarla a la edad de éstos; cuestión que debe resolverse atendiendo al interés de los hijos, tras oírlos si tienen suficiente juicio y, en todo caso, al mayor de doce años.

Por su parte, en materia de patria potestad, la norma supletoria aplicable al caso de separación de hecho es el art. 156.5 del Código Civil español, que establece que, si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por el padre o madre con quien conviva el hijo, a no ser que el progenitor no conviviente solicite fundadamente al juez el ejercicio conjunto de la patria potestad o la distribución de las funciones inherentes a su ejercicio, en cuyo caso, la decisión judicial debe atender el interés del hijo.

Alemania

Al igual que en las legislaciones referidas anteriormente, la alemana contempla una institución que engloba, en un todo, las materias relacionadas con los bienes y la persona del hijo (cuidado paterno), estableciendo su titularidad, en principio, en ambos progenitores.

En efecto, el 3 de noviembre de 1982, la Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*, *BVerfG*)¹⁶⁸ declaró la inconstitucionalidad del párrafo 1671 IV del B.G.B., disposición que excluía, en cualquier caso, la posibilidad de atribuir el cuidado paterno del hijo a ambos progenitores divorciados.

En dicha ocasión, la Corte señaló que, aunque la atribución del cuidado de los hijos a los dos padres podía constituir un acontecimiento excepcional, ello no impedía que el interés del menor pudiese privilegiar una solución en tal sentido. Además, afirmó que cada ser humano, desde el momento del nacimiento, es titular de un derecho irrenunciable a mantener relaciones con ambos progenitores y que su ejercicio no se interrumpe por la separación de

168 *BverfG* 3 novembre 1982, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 1982, pp.1179-1184. Sin embargo, la Corte ya había puesto en evidencia la posible inconstitucionalidad del párrafo 1671 del B.G.B., enmendado en 1979, tanto por la posibilidad de que contuviera una discriminación arbitraria en contra de uno de los padres como por la eventualidad de establecer un perjuicio en vez de una mayor tutela del menor. *Cfr.* PATTI, Salvatore, “Sul Sorgerecht dei genitori divorziati”, *Diritto di famiglia e delle persone*, 1983, p.263.

éstos. La sentencia puntualizó que, en los casos en que los padres están de acuerdo en continuar asumiendo conjuntamente la responsabilidad del hijo después del divorcio, no es necesaria la mediación del Estado respecto a sus intereses contrapuestos. Si ambos padres son capaces de educar al hijo y no existen motivos que justifiquen una transferencia de la potestad a uno solo de ellos, el Estado no está llamado, en el ejercicio de su deber de vigilancia, a excluirle de su deber y obligación de cuidar y educar a su hijo¹⁶⁹.

El Título quinto del B.G.B. se refiere al cuidado paterno (*Elterliche Sorge*) de los hijos matrimoniales y, concretamente, el parágrafo 1626 a su concepto y a la consideración de la creciente independencia del hijo¹⁷⁰. Así, este parágrafo distingue, dentro del cuidado paterno, el cuidado personal y la administración patrimonial. El párrafo primero del parágrafo 1631 del B.G.B. fija el contenido del cuidado personal del hijo en el derecho y la obligación de determinar su cuidado, educación, guarda y residencia.

El cuidado paterno permanece incólume en manos de ambos padres no obstante la ruptura matrimonial. Las decisiones relativas a la vida del hijo pertenecen a ambos progenitores, de forma que lo que debe acordarse son los asuntos relativos a la residencia del hijo¹⁷¹.

Pues bien, el ordenamiento jurídico alemán prácticamente ha eliminado la obligación de establecer reglas sobre el cuidado personal de los hijos en los casos de disolución del matrimonio. En efecto, al referirse al cuidado paterno común, el parágrafo 1671 del B.G.B. establece que, en caso de crisis matrimonial de los padres, si éstos viven separados de forma definitiva y ejercen, no obstante, conjuntamente dicho cuidado, cada uno de ellos podrá solicitar que el Tribunal familiar le ceda el cuidado paterno o una parte del mismo a título unilateral. El parágrafo 1671 continúa prescribiendo que deberá estimarse dicha solicitud siempre que se cumplan dos requisitos. En primer lugar, que el otro padre

169 Con este pronunciamiento, el cuidado conjunto de los hijos (*Gemeinsames Sorcherecht*) comenzó a ser desarrollado e introducido en el Derecho alemán, proceso que culminó con la promulgación de la ley de 16 de diciembre de 1997, que entró en vigor el 1 de julio de 1998, y que constituye la regulación actual en materia de cuidado paterno. Esta institución se identifica con el principio del interés superior del hijo (*Kindeswohl*) a través de la continuidad del cumplimiento de las obligaciones de cuidado que requieren, en todo caso, la involucración y consenso de ambos progenitores. Así lo ha señalado la jurisprudencia alemana en las sentencias de la Corte Constitucional de 3 de noviembre de 1982, antes citada, y de 18 de febrero de 1993 (*BverfG, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 1993, pp.662-664).

170 Para comentar las disposiciones del B.G.B. nos basamos en la traducción efectuada por EIRANOVA ENCINAS, Emilio, *Código Civil alemán. Comentado*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, pp.480, 482, 487 y 488.

171 Como vemos, la distinción entre “custodia física” y “custodia material” también encuentra cabida en el Derecho alemán, tal como sucede en otros ordenamientos jurídicos, como en el estadounidense y el francés.

o madre lo consienta, salvo que el hijo haya cumplido los catorce años y se oponga a dicha cesión. Y, en segundo lugar, que sea de esperar que la extinción del cuidado paterno común y su cesión al peticionario sea lo mejor para el bienestar del hijo.

Debido a que la regla general es que ambos progenitores continúen ejerciendo el cuidado paterno de los hijos tras la ruptura matrimonial, la solicitud propiamente dicha de custodia compartida procede solamente en la hipótesis en que ambos progenitores no están casados. En efecto, la descripción anterior está contemplada para los casos en que haya existido un vínculo de matrimonio entre las partes. El B.G.B. se refiere por separado a la hipótesis en que los progenitores no están casados. En este caso, de acuerdo con el párrafo segundo del parágrafo 1626a de dicho cuerpo legal, el cuidado paterno es ejercido por la madre, punto en el que la norma alemana se asemejaría a la chilena. Sin embargo, de forma similar a la prevista en el parágrafo 1671, el parágrafo 1672 del B.G.B. establece que, en caso de que los padres vivan definitivamente separados y que el cuidado paterno corresponda a la madre, el padre podrá, con el consentimiento de ésta, solicitar que el Tribunal familiar le ceda dicho cuidado o parte de él y que deberá estimarse la solicitud cuando *la cesión sea favorable al bienestar del hijo*. A su vez, las condiciones a las que está subordinada la concesión del cuidado paterno conjunto del hijo de padres no casados, son la presentación de la correspondiente petición y la factibilidad de tal modalidad pues el legislador alemán sujeta el establecimiento de esta figura a una cuidadosa valoración de la situación de hecho. En efecto, el párrafo segundo del parágrafo 1672 del B.G.B. agrega que, en la medida en que haya sido estimada dicha solicitud, el Tribunal familiar podrá decidir, a petición de uno de los padres y con el consentimiento del otro, que el cuidado paterno corresponda a los dos conjuntamente, siempre que ello no perjudique el bienestar del hijo¹⁷².

No obstante la diversidad de ambas situaciones, el elemento común entre la custodia compartida de los hijos nacidos fuera del matrimonio (*Nichteheliche*

172 La duda que nos surge es la razón de la desigual normativa que rige en cuanto a la posibilidad de oposición por parte del hijo mayor de catorce años para el caso en que los padres estén casados. En efecto, como acabamos de analizar, en el evento que sí lo estén, el parágrafo 1671 del B.G.B. establece dos exigencias para acceder a la solicitud de atribución parcial del cuidado paterno. Una de ellas es que el otro padre o madre lo consienta (no existiendo matrimonio debemos colegir que es la madre la que aprueba dicha petición) *salvo que el hijo haya cumplido los catorce años y se oponga a dicha cesión*. Resulta curioso que el parágrafo 1672 del B.G.B. no contemple esta posible objeción del hijo para el caso de padres no unidos por vínculo matrimonial. Esto puede llegar a constituir una discriminación arbitraria por razón de nacimiento.

geborenes Kindern) y de los hijos de padres casados que viven separados (*Getrenntlebende Eltern*) es que, en ambos casos, la primera regla a la que se debe atender es el acuerdo de los progenitores. La problemática de la custodia conjunta en los casos de separación y divorcio se soluciona, de esta forma, a través de decisiones adoptadas en el espíritu de una comunicación recíproca (*Gegenseitige Einvernehmen*), conforme al parágrafo 1687 I del B.G.B. El común acuerdo, al menos para las cuestiones de mayor importancia, debe siempre fundar las decisiones de los padres, aun en los casos en los que los hijos convivan sólo con uno de ellos, a quien corresponde asumir las cuestiones relativas a la vida cotidiana del hijo (*Entscheidung in Anelegenheiten destiglich Lebens*).

Argentina

Por último, es interesante estudiar lo que sucede en Argentina, pues, en este país, la ley efectúa una atribución preferente del cuidado personal de los hijos menores de cinco años a favor de la madre. Sin embargo, como veremos, a diferencia de lo sucedido en nuestro país, la doctrina transandina se ha referido, con mayor profundidad, a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma.

En Argentina, el art. 206 párr. 2° del Código Civil establece que los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor.

Para ciertos autores, esta norma no es discriminatoria pues se funda en el mayor apego a la madre de los hijos de corta edad y en que ella se encuentra en mejores condiciones de atenderlos¹⁷³.

173 Así opina BELLUSCIO, Augusto César, "Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia", *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1995-A, p.945. En este mismo sentido, ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 2006, pp.203 y 204; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Régimen Jurídico de la mujer", *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1993-E, p.1046, para quien la prioridad legal a favor de la madre está justificada en razón de la especial relación que, normalmente, une al pequeño con su madre; y LLOVERAS, Nora, "La mujer y la Ley", *Jurisprudencia Argentina*, 1993III854, Documento electrónico Lexis N° 0003/011821. Sin embargo, luego de la reforma constitucional operada en este país en el año 1994, las opiniones manifestadas por estas dos últimas autoras son distintas. Así, LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009, p.378, donde se sostiene que la distinción que realiza el artículo 206 del Código Civil argentino no es válida razonablemente; y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, "Columna de Opinión: Matrimonio, orientación sexual y familias", *La Ley*, Año LXXIV, núm. 106, 2010, p.4, donde se señala que la legislación argentina otorga un beneficio *a priori* y en abstracto fundado en la idea de un supuesto "instinto maternal", lo que estaría causando reparos desde la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

Más recientemente, en cambio, para otros autores, esta norma se basa en un prejuicio histórico, económico, sociológico y filosófico¹⁷⁴ e, incluso, hay quien interpreta evolutivamente el concepto de “madre” que dicha disposición utiliza. En efecto, Mauricio Luis Mizrahi¹⁷⁵ señala que la norma se justifica en que en los primeros tiempos de vida son fundamentales los cuidados de la madre debido a la indefensión primaria y biológica de los hijos, pero que a la exégesis de la norma no puede escapar el dato sociológico actual referido a la virtual ruptura del modelo tradicional de familia nuclear, operado el intercambio de roles en el hombre y la mujer. El autor señala que, interpretando “dinámicamente” el mencionado artículo 206, hay que entender la preferencia consagrada con un criterio funcional. Así, la expresión “madre” debe considerarse no en el sentido de la madre de nacimiento sino de “mamá”, rol que, en un caso puntual, puede ser desempeñado por el padre e, incluso, por una tercera persona.

REFLEXIONES ACERCA DE LA “INCLINACIÓN DE ORDEN NATURAL” DE LA MUJER PARA EJERCER EL CUIDADO PERSONAL DE SUS HIJOS

La idea de que la madre está naturalmente condicionada al cuidado de los hijos, descansa en un argumento pretendidamente biologicista, que ha servido para consagrar la natural función materna como una verdad autoevidente e inmodificable, reproduciendo y reforzando el rol de la mujer como madre, principal y exclusiva responsable del cuidado de los hijos¹⁷⁶.

La discriminación del artículo 225 inciso primero C.C. no justifica la creencia generalizada que estima más conveniente entregar a la madre el cuidado de los hijos de corta edad, aduciendo razones de mejor aptitud en comparación con el padre e, incluso, de mejor interés para el niño, o la idea de que, simplemente, por razones de lógica “y por obra de la naturaleza, los hijos deben estar al lado de la madre”¹⁷⁷.

174 Cfr. COSTA M., Patricia y HARARI, Sofía, “Las normas del derecho de familia y la discriminación en razón del género”, en BIRGIN, Haydee (compiladora), *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Biblos, Buenos Aires, 2000, p.181. Por la inconstitucionalidad de la norma argentina se pronuncian también GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria; HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2006, pp.495-496.

175 Cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis, *Familia, Matrimonio y Divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p.402

176 Así lo expresa SPAVENTA, Verónica, “Mujeres, matrimonio y discriminación en el Código Civil de Argentina”, en FIGUERUELO, Ángela; IBÁÑEZ, María Luisa (editoras), *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Comares, Granada, 2006, p.445.

177 ABELIUK, *La Filiación*, cit. nota n.18, p.329. Como decíamos, en la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia ésta constituye también una idea arraigadísima. Solo excepcionalmente se estima que el padre es quien debe asumir el cuidado personal, fundándose dicha atribución en situaciones especialísimas. Así sucede en Sentencia de la Excma. Corte Suprema (que acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto por el padre contra sentencia de la ltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, revocatoria de la sentencia de primer grado del Primer Juzgado de Familia de Santiago que, a su vez, rechazaba la demanda de cuidado personal intentada por la madre) que, fundándose en que, pese a no haber sido probada la inhabilidad de ésta, en consideración al interés superior del hijo, la niña debe seguir bajo el cuidado de su padre, 29 de julio de 2008, Rol 3469-2008. *Vid.* nota al pie n° 28.

No compartimos totalmente este último criterio. No es fácil fijar una edad a partir de la cual el niño esté en condiciones físicas y psicológicas para desprenderse de su madre; la lactancia, desde luego, será uno de los factores que definirá la dependencia o independencia del hijo¹⁷⁸. Pero no estamos diciendo que la madre no sea la más apta. Probablemente así lo sea en un gran número de casos. Lo que estamos tratando de revelar es que cuestionamos la decisión legislativa. Primero, porque está cargada de un prejuicio que está en retirada: madre-hogar y padre-proveedor y, en ese sentido, la ley está favoreciendo una desigualdad en los hechos al reforzar los roles. Además, porque pone al juez en la posición de tener que apegarse a un criterio sin posibilidad de indagar un poco más en los casos en que no crea que haya causas calificadas para alterarlo sino, simplemente, mayores capacidades en uno que en otro o en ambos en su caso. Tercero, ignora los criterios rectores en este aspecto: el interés superior del niño y su derecho a ser oído. Lo que está detrás del criterio de diferenciación es un prejuicio, una idea preconcebida: la mujer es más apta porque está naturalmente condicionada a las labores de crianza.

El argumento de que la norma sólo responde a una necesidad social todavía vigente, desconoce la propia realidad de la sociedad chilena. Si bien puede sostenerse que Bello legisló conforme a los valores y costumbres de su época, no es sostenible que la legislación no se haya puesto a tono con la realidad de los hechos.

El legislador debe establecer normas coincidentes con la realidad social de su época, por lo tanto, debemos preguntarnos si esta realidad de la que parece dar cuenta el artículo 225 inciso primero C.C., permanece hoy intacta en el siglo en que vivimos. En este sentido, como se ha señalado en la Doctrina argentina¹⁷⁹, se trataría de un supuesto de “inconstitucionalidad sobreviniente” en cuanto la normativa era oportunamente constitucional por responder a los patrones sociales y culturales existentes en un momento dado de la historia nacional, muy distinta a la de nuestros días¹⁸⁰.

178 En efecto, el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”, de 1988, y el Principio seis de la Declaración de los derechos del Niño, de 1959, descansan en la llamada “doctrina de los años tiernos”, al señalar que decir que todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y que, salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre.

179 Nos referimos a GIL; FAMA; HERRERA, *Derecho*, cit. nota n.60, p.496.

180 Al parecer, la realidad social de que Bello y las posteriores reformas introducidas al Código Civil dan cuenta, no era diametralmente opuesta a la de finales de la década de los setenta e inicios de los ochenta. Las Actas Constitucionales revelan las siguientes opiniones y argumentos con ocasión de la discusión del principio de igualdad:

La creciente incorporación de la mujer al trabajo y a ciertas esferas ejecutivas nos está conduciendo, inexorablemente, a la disociación del ancestral binomio maternidad-hogar. En efecto, la participación laboral femenina ha aumentado de un 28,1%, en 1992, a un 40.8% en agosto de 2008, más de 800 mil mujeres han entrado a la fuerza de trabajo en la última década¹⁸¹.

“El señor Guzmán manifiesta (...) Es evidente que la cabeza de la familia debe ser el hombre, el padre o el marido”. “Por otra parte, cree que en la relación con los hijos hay que considerar las medidas que se adopten en la legislación de una manera extraordinariamente pragmática, atendida la idiosincrasia del país. Por ejemplo, es evidente que al menos en Chile la vinculación de la familia respecto de los hijos parece ser mucho más fuerte por parte de la madre que del padre” (Sesión 93, p.24).

El señor Ortúzar expresó, por su parte: “(...) es evidente que la igualdad no puede ser absoluta, ya que en toda organización, en toda célula familiar tiene que haber un jefe que no puede ser otro que el marido o el padre. La autoridad marital, la autoridad paternal, la patria potestad deben mantenerse (...) (Sesión 93, p.24).

Por su parte, el señor Evans expresó que “Al proponer un precepto respecto de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, pensó que había un campo en que la situación no puede ni podrá ser jamás de absoluta igualdad jurídica, y es en el campo de las relaciones de familia”. “Cree que si la Constitución estableciera que no se hará distinción entre el hombre y la mujer en el acceso a la educación, a la cultura, al trabajo y dentro del trabajo, en el nivel de remuneraciones- a la salud, a la seguridad social, etcétera, se daría sin duda un gran paso en la consolidación de un precepto que estima necesario en nuestro ordenamiento jurídico”. “Comprende que en el campo del derecho de familia siempre existirá la potestad preferente, por así decirlo, del padre sobre los hijos, y la autoridad marital” (Sesión 93, p.26).

El señor Guzmán “desea dar a conocer lo que sería su pensamiento en este problema, y aun cuando, posiblemente, no sea el mejor, él consagraría el siguiente precepto: “El hombre y la mujer gozan de iguales derechos, sin perjuicio de las distinciones que impongan sus diferencias naturales o el carácter de familia” (Sesión 94, p.33).

El señor Evans “manifiesta que esas disposiciones no serían inconstitucionales, porque fluyen de las características de la familia. El señor Ortúzar refuta al señor Ovalle, advierte que no participa de esa opinión. Estima que el marido es el jefe natural de la familia y que en consecuencia debe ser él quien debe llevar la responsabilidad del hogar” (Sesión 95, p.10).

El señor Ortúzar expresa que: “Todo organismo, toda organización, por pequeña que sea, debe, necesariamente, tener una cabeza visible. De otra manera, imperaría en ella tal anarquía, que podría conducir a la disolución de esa organización. Partiendo de la base de que la familia debe tener un jefe, incuestionablemente de que este debe ser el hombre. Por lo demás, el temperamento y la constitución de la mujer requieren, precisamente, de la autoridad del hombre. Está probado, en el hecho que la mujer ama”.

En efecto, al pronunciarse sobre estos pasajes de las Actas Constitucionales, VELOSO, “Igualdad”, cit. nota n.10, p. 237 y 239, señala: “Por lo demás esta visión de superioridad del varón y supeditación de la mujer a sus designios, es la misma que existía en la ideología dominante al momento de dictarse en Chile la Constitución Política de 1980, actualmente vigente” agregando que “En definitiva, lo que puede concluirse de este debate, es que, desde la perspectiva del redactor de la Constitución Política de 1980, texto jurídico vigente en Chile: 1) Debe reconocerse, en principio, igualdad jurídica entre el hombre y la mujer en diversos aspectos, pero no al interior de la familia.”

181 Conforme a la Encuesta Nacional del Empleo del Instituto Nacional de Estadísticas 2008. Por otra parte, el censo de población y vivienda de 2002 arroja, dentro de las estadísticas globales de hogares chilenos, que un 31,5% de los hogares están a cargo de una mujer (Instituto Nacional de Estadísticas, Censo 2002).

Estas cifras nos demuestran que debe apostarse por una más plena igualdad de derechos y oportunidades de la mujer, pues su rol no puede perpetuarse a ser la responsable primaria del cuidado de los hijos. Si queremos que la mujer participe en condiciones de paridad en la vida pública debemos garantizar que pueda hacerlo también en la privada, porque la vida pública, profesional y privada de la mujer, y su maternidad, están intrínsecamente relacionadas¹⁸².

Creemos que las relaciones parentales avanzan hacia una fuerte asunción de funciones por parte del padre: las tradicionales esferas privativas de la madre en la atención del hijo van abriendo terreno hacia una igualdad de roles; la ascendente inserción femenina en el campo laboral, contribuye a potenciar una mayor participación de los hombres en el cuidado y atención de los hijos.

No podemos negar que la madre, por razones biológicas, está más cerca de su hijo. Que da a luz, que le lacta. Pero ello no puede ser argumento suficiente para que la ley establezca de antemano que es ella la más capacitada. Debe dejarle esta decisión a los padres, mediante acuerdo aprobado debidamente, o al juez directamente, quien debe aplicar el interés superior para decidir quién garantiza mejor su desarrollo o, si el caso lo amerita y están dadas las condiciones, por qué no, ambos.

Esta idea de autonomía, creo, es la que más se ajusta al reconocimiento progresivo, pero vigilado, de la autodisposición del conflicto familiar que, desde luego, ha venido a reconocer la LMC.

En cuanto a la supuesta “reingeniería social” que constituiría aceptar criterios diversos a los asentados en la verdadera realidad chilena (que conduciría a presumir en la madre la idoneidad para el cuidado y a establecer una regla supletoria como la del artículo 225 inciso primero C.C.), debo señalar que argumentos similares fueron esgrimidos con ocasión de la reforma de nuestra antigua –y también inconstitucional– normativa sobre filiación, que establecía hijos de primera y segunda categoría¹⁸³, y también a propósito de la discusión sobre el divorcio vincular¹⁸⁴, ignorándose que los hechos demuestran una tendencia al cambio de ese paradigma. La familia ejerce una importante función socializadora: está llamada a socializar los roles de sus integrantes, no a reproducir estereotipos.

182 Al respecto, estimo esencial implementar políticas adecuadas que posibiliten la conciliación de la vida laboral y familiar. Al respecto, *vid.* CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo de padre proveedor y madre cuidadora”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XXXIV, semestre I, 2010, pp.179-209.

183 Modificada mediante Ley n° 19.585 del año 1998.

184 Introducido en Chile mediante Ley n° 19.947 de 2004.

CONCLUSIONES

La norma contenida en el artículo 225 inciso primero del C.C. es inconstitucional frente al principio de igualdad consagrado en el artículo 19 n°2 de la CPR y en diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Desde el punto de vista de la igualdad formal, el Código Civil establece una discriminación en contra del hombre, diferenciación que no supera el estándar de razonabilidad y de proporcionalidad y que, por lo tanto, constituye una discriminación arbitraria e injusta en su contra.

La norma contenida en el art. 225 inciso primero C.C. vulnera también una dimensión especial de la igualdad, esto es, la igualdad real en cuanto establece una falsa discriminación positiva a favor de la mujer, basada en estereotipos y prejuicios que nuestra sociedad tiende a superar.

La historia fidedigna del establecimiento de la ley nos indica que, al consagrar la regla de atribución materna preferente del cuidado personal, el legislador ha tenido en cuenta un fin práctico: evitar la judicialización de los conflictos familiares. Sin embargo, la utilidad de una norma de este tipo se reduce al caso de separación propiamente de hecho sin acuerdo, en cuyo caso presenta problemas probatorios, y a ciertos casos de nulidad matrimonial; presenta también problemas de prueba en materia de salida de menores al extranjero; y, por último, no existe claridad acerca de si constituiría también un criterio de atribución judicial.

Pierde también sentido la razón de utilidad de la norma confrontada con ciertos datos sociológicos que indican que, al menos más modernamente, el padre no asume, como antes, la regla automática de atribución legal preferente materna, existiendo una mayor resistencia a aceptar que él debe irse de la casa y la mujer quedarse con los hijos¹⁸⁵. En efecto, la norma en cuestión no respeta el principio de corresponsabilidad al establecer una ineptitud abstracta inicial en él.

Es cierto que un lactante, la gran mayoría de las veces, puede no estar totalmente protegido en su interés si se establece la regla contraria, si se le

185 Cifras que maneja el Poder Judicial dan cuenta de que las demandas de cuidado personal han aumentado considerablemente: el año 2006 ingresaron a los Juzgados de Familia, 14.682 demandas relativas al cuidado; el año 2009 ingresaron 17.652. Lo mismo sucede en materia de relación directa y regular: el año 2006 se interpusieron 21.241 demandas en la materia; el año 2009, 35.866. Si bien estas cifras no se refieren sólo a las solicitudes de cuidado personal y establecimiento de la relación directa y regular, respectivamente, sino que incluyen cuestiones relativas a la modificación, suspensión y otras materias relacionadas con los mismos, dan cuenta de una clara tendencia al alza.

aleja de su madre. Pero no es la regla inversa la que proponemos (que sean siempre entregados al padre): defendemos ese ejercicio de reflexión en los casos en que un mínimo de sana comunicación lo permite y, en los que no existe ese mínimo, el hijo menos pierde aun porque un tercero será el llamado a decidir sobre la base de los antecedentes que se le acerquen, sin que uno de los dos padres, derrotado por una norma supletoria, se vea obligado a dejar de participar en la crianza del hijo. Es mejor que haga el ejercicio de decidirlo o que la ley dé la posibilidad de convencerse de que el otro es mejor porque así lo evidenció. Este tipo de atribuciones legales desincentivan, creemos, la posibilidad de desarrollar aptitudes parentales: frecuentemente, el padre decide, sin más, asumir esa realidad que viene dada por la ley.

El medio escogido para satisfacer el fin perseguido, sea éste la conveniencia jurídica de establecer una regla de este tipo en términos de evitar pronunciamientos adicionales, o bien, perseguir el bien del hijo entregándolo sin discusión al respecto a su madre, no son adecuados. Un medio adecuado, tal como constituye la tendencia en el Derecho comparado, es llamar a las partes a hacer ese ejercicio de parentalidad a través del acuerdo regulador¹⁸⁶, respetar la decisión de ellas al decidir sobre el cuidado personal, o bien, dejar que ambos demuestren sus aptitudes ante el juez.

Bibliografía

ABELIUK MANASEVICH, René, *La Filiación y sus efectos*, Tomo I. La Filiación, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2000.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de Derecho Civil, Parte Preliminar y Parte General*, Tomo I, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2009.

ALEX, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

186 En aplicación del principio de corresponsabilidad, diversas legislaciones, fundamentalmente estadounidenses, son más exigentes con estos acuerdos reguladores, previendo la presentación de un *Plan de Coparentalidad* o *Plan de Responsabilidad Parental* diseñado de mutuo acuerdo por ambos padres para el ejercicio de los derechos-funciones que comprende la autoridad parental. Se trata de determinar, de manera detallada, las responsabilidades de cada progenitor en lo que respecta al cuidado, residencia, vivienda, alimentos y demás aspectos de relevancia relativos al hijo que se estime necesario regular, como los aspectos sanitarios, educativos o sociales de los hijos. Así sucede en el Código Civil del estado de Lousiana (artículo 131 letra A número 1) sobre *Custody of children pending the litigation*, del *Civil Code*); Kansas (*Kansas Statute No. 60-1610, chapter 60, article 16, 5*); en Oklahoma (*Oklahoma Statutes, 43 O.S. §109, C*); en Missouri (número 9 de los *Missouri Revised Statutes, chapter 452, Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance, Section 452.375.1*); en Pennsylvania (*Pennsylvania Consolidated Statutes, Title 23: Domestic Relations, §5306*); en Alabama (*Code of Alabama, Acts 1996, nº96-520, §30-3-153*); y en el Estado de Illinois (*Illinois Marriage and Dissolution of Marriage Act, 750 ILCS 5/602.1.b*)).

ATRIA LEMAITRE, Fernando, *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Santiago de Chile, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1997.

BARROS BOURIE, Enrique, "Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación", en *El nuevo estatuto de filiación en el código civil chileno*, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1999, pp.38-55.

BAVESTRELLO BONTÁ, Irma, *Derecho de menores*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003.

BELLUSCIO, Augusto César, "Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia", *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1995-A, pp.936-949.

BENAVENTE MOREDA, Pilar, "La custodia de hijos menores de edad: el artículo 159 del Código Civil", *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1990, pp.561-582.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley 19.947 Establece Ley de Matrimonio Civil, En <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19947/HL19947.pdf>, [visitado el 31/08/2010].

_____, Historia de la Ley 19.585 Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación, En <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/4231/1/HL19585.pdf> (visitado el 31/08/2010).

BOBBIO, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Ediciones Paidós-I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993.

BULNES ALDUNATE, Luz, "La igualdad ante la ley y la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *Temas actuales de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2009, pp.17-26.

BUSTOS BOTTAI, Rodrigo, "Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la Jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad efectiva", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 6, julio 2007, pp.127-147.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo, "Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo de padre proveedor y madre cuidadora", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XXXIV, semestre I, 2010, pp.179-209.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 4/01 Caso 11.625 María Eugenia Morales de Sierra Guatemala, 19 de enero de 2001, párrafo 36, En <http://www.cidh.org/women/Guatemala11.625.htm> (visitado el 31/08/2010).

COSTA M., Patricia y HARARI, Sofía, "Las normas del derecho de familia y la discriminación en razón del género", en BIRGIN, Haydee (compiladora), *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Biblos, Buenos Aires, 2000, pp.149-186.

COURT MURASSO, Eduardo, *Curso de Derecho de Familia. La Filiación por naturaleza*, Abeledo Perrot/LegalPublishing, Santiago, 2010.

DE FILIPPIS, Bruno, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Cedam, Padova, 2006.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio, *Código Civil alemán. Comentado*, Marcial Pons, Barcelona, 1998.

FULCHIRON, Hughes, "L'autorité parentale rénovée", *Répertoire du Notariat Deffrénois*, 15 de agosto de 2002, n° 15, pp. 959-990.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2006.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *El Sistema Filiativo chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso Valparaíso, 2001.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Régimen Jurídico de la mujer”, *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1993-E, pp.1044-1057.

_____, Aída y HERRERA, Marisa, “Columna de Opinión: Matrimonio, orientación sexual y familias”, *La Ley*, Año LXXIV, núm. 106, 2010.

LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009.

LLOVERAS, Nora, “La mujer y la Ley”, *Jurisprudencia Argentina*, 1993III854, Documento electrónico Lexis Nº 0003/011821.

MIZRAHI, Mauricio Luis, *Familia, Matrimonio y Divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 1998.

NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, *Código Civil Francés*, edición bilingüe, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

PATTI, Salvatore, “Sul Sorgerecht dei genitori divorziati”, *Diritto di famiglia e delle persone*, 1983, pp.262-264.

RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo Derecho chileno de Familia”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, Núm. 3, 2009, pp.545-586.

_____, María Sara, *El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho chileno de Familia*, Legal Publishing/Abeledo Perrot, Santiago, 2009.

SCHMIDT HOTT, Claudia, “Relaciones filiales personales y patrimoniales”, en SCHMIDT HOTT, Claudia y VELOSO VALENZUELA, Paulina, *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, ConoSur, Santiago de Chile, 2001, pp.245-367.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

SPAVENTA, Verónica, “Mujeres, matrimonio y discriminación en el Código Civil de Argentina”, en FIGUERUELO, Ángela y IBÁÑEZ, María Luisa (editoras), *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Comares, Granada, 2006, pp.421-448.

VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Principios fundamentales del nuevo estatuto de la filiación”, en SCHMIDT HOTT, Claudia y VELOSO VALENZUELA, *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, ConoSur, Santiago de Chile, 2001, pp.9-80.

_____, Paulina, “Igualdad y relaciones familiares”, *Revista Jurídica de Palermo*, Sela 1999, Año 2000, pp.231-247.

ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 2006.

LAS INSTITUCIONES DE SALUD PREVISIONAL EN CHILE: UN SISTEMA QUE AMPARA LA DESIGUALDAD DE GÉNERO

Paulina Maturana Vivero

RESUMEN

La diferencia en los valores de los planes de salud para hombres y mujeres en Chile fue objeto de controversia a través de recursos de protección y posteriormente en el Tribunal Constitucional. El artículo contrapone el análisis de discriminación de los tribunales chilenos al que elaboró la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-18.

ALGO DE HISTORIA

Las Instituciones de Salud Previsional, conocidas como ISAPRES, fueron creadas en marzo del año 1981, por el Decreto con Fuerza de Ley del Ministerio de Salud N° 3. Esta normativa, que en definitiva se puso en marcha en el año 1983, facultó a las y los trabajadores y a las personas en general para depositar sus cotizaciones obligatorias en salud (7% de su remuneración imponible) en las ISAPRES: organismos privados que funcionarían en base a un esquema de seguros.

De acuerdo a lo que señalaba el artículo 22 de ese cuerpo legal, ellas tendrían por objeto exclusivo “el financiamiento de las prestaciones y beneficios de salud, así como las actividades que sean afines o complementarias de ese fin, las que en ningún caso podrán implicar la ejecución de dichas prestaciones y beneficios ni participar en la administración de prestadores”.

El Decreto con Fuerza de Ley Número 3 de Salud fue derogado por la Ley 18.933 de 9 de marzo de 1990, que definió el funcionamiento del sistema. Esta Ley-actualmente vigente (mayo 2011)- creó la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional y dictó normas para el otorgamiento de prestaciones por las ISAPRES.

Posteriormente a su entrada en vigor, la ley 18.933, ha sufrido diversas modificaciones de ajuste al sistema que, dejando de ser facultativo para los/as trabajadores y personas en general, se instauró como la forma de operar las prestaciones en salud en Chile. Las principales modificaciones introducidas se encuentran en la Ley 18.964 de 10 de marzo de 1990; Ley 19.381 de 3 de mayo de 1995; Ley 19.950 de 24 de diciembre de 1999; Ley 19.895 de 28 de agosto de 2003; Ley 19.937 de 24 de febrero de 2004; Ley 19.966 de 3 de septiembre de 2004 y Ley 20.015 de 17 de mayo de 2005.

Actualmente se encuentra en discusión ante la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados del Congreso Nacional, en primer trámite constitucional y con urgencia simple, la llamada “Ley corta de ISAPRES” que “introduce criterios de razonabilidad y solidaridad en lo que respecta a las tablas de factores y a la determinación del precio base de los contratos de salud”¹⁸⁷.

Este proyecto de ley, por mandato del Tribunal Constitucional, debe buscar nada menos que adecuar el sistema de salud previsional establecido por la Ley 18.933 al principio de igualdad consagrado por nuestra Constitución Política y los tratados internacionales vigentes.

En efecto, en agosto del año recién pasado, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la tabla de factores que utilizan las ISAPRES para ajustar unilateralmente el precio de sus planes de salud, contenida en el artículo 38 ter de esa normativa. Esta tabla ha implicado durante décadas el pago de un mayor valor en los planes de salud de las mujeres en relación con el de los hombres, puesto que se estimó que las mujeres por ser tales, son “más costosas”.

Si bien el Tribunal Constitucional ha prohibido la aplicación de esta tabla para el futuro, declarándola atentatoria a nuestra Carta Fundamental, ella sigue en uso en los contratos actualmente vigentes.

Por otra parte, la decisión judicial derogó la tabla de factores contenida en la ley, pero al no modificar la forma de su establecimiento, mantuvo la posibilidad de diferenciar por sexo, edad y carga para la determinación del alza del valor en la prima que deben pagar los/as cotizantes por la mantención de sus planes de salud.

Con su fallo, el Tribunal Constitucional entregó, el 6 de agosto de 2010, al Ejecutivo la misión de corregir el sistema a través de la presentación de una nueva fórmula, que permita diferenciar con “mayor equidad”, norma que hoy se discute.

La decisión constitucional de Excelentísimo Tribunal fue tomada luego de haber iniciado de oficio un proceso de revisión de la norma 38 ter de la Ley 18. 933, tras haberse presentado y resuelto ante tal magistratura importante número de peticiones individuales¹⁸⁸ que solicitaban la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto para esos casos particulares.

187 Boletín 7537-07, Modifica el artículo 411 Ter del Código Penal que tipifica los delitos de tráfico de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y persecución criminal, en www.sil.senado.cl (visitado mayo 13 de 2011).

188 Tribunal Constitucional, sentencias 976, 1218, 1273 y 1287.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS PETICIONES PARTICULARES

Conociendo de sendos recursos en que cotizantes del sistema solicitaron la no aplicación del artículo 38 ter a sus casos concretos, por estimarlo atentatorio a ciertas garantías constitucionales, el Tribunal Constitucional dio en cada ocasión sus argumentos.

En la Sentencia N° 976¹⁸⁹, estableció como fundamento de la declaración de inconstitucionalidad del precepto, la vulneración por parte de éste de la libertad para elegir el sistema de salud establecida en el artículo 19 N° 9. Para el tribunal, el alza en el costo del plan de salud obliga a las personas a abandonar el sistema de salud privado, impidiéndose el goce real y legítimo del derecho a la protección de la salud. Igualmente, señaló que la diferencia resultante por aplicación de los factores de riesgo en el caso concreto constituía una discriminación carente de justificación razonable y por tanto arbitraria que vulneró el artículo 19 N° 2.

En la Sentencia N° 1218¹⁹⁰, el Excelentísimo Tribunal señaló que la tabla de factores de riesgo vulneraba tanto la garantía del número 9 como la del 18 del artículo 19; vale decir la libertad para elegir el sistema de salud, la protección a la salud y la seguridad social. La Corte Constitucional señaló que debe maximizarse el goce de la protección del derecho a la salud y no limitarse o dejarlo sin vigencia efectiva, cuestión que ocurre cuando el afiliado no puede seguir pagando su plan. El envejecimiento natural de las personas no puede ser causal de alzas en los planes de salud puesto que forma parte del sentido intrínseco de la seguridad social proteger a la persona de los estados de necesidad derivados de contingencias vitales de universal ocurrencia como es el riesgo de enfermar y el envejecimiento natural. Es deber del Estado asegurar el acceso a de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas y uniformes. El Estado tiene además el deber de supervigilar su cumplimiento.

189 Tribunal Constitucional, Sentencia, Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago., Rol 976, 26 de junio de 2008.

190 Tribunal Constitucional, Sentencia, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, de María Ximena Osorio Sagredo respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 –introducido por la Ley N° 20.015–, que actualmente corresponde al artículo 199 del D.F.L. (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005, en la causa Rol N° 10.913-2008, de la que conoce actualmente, como árbitro arbitrador, el Intendente de Fondos y Seguros de Salud. Rol 1218, 7 de julio de 2009.

En la Sentencias N° 1273¹⁹¹ y N° 1348¹⁹², el Tribunal Constitucional estableció que la tabla de factores por sexo vulneraba el principio a la igualdad del artículo 19 N° 2, determinando desigualdades arbitrarias para igualdades esenciales. Igualmente, el artículo 38 ter atentó contra el derecho a la protección a la salud por vulnerar el libre e igualitario acceso de las mujeres peticionarias a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud. Igualmente señaló la vulneración al derecho a elegir libremente el sistema de salud al cual se desea pertenecer.

LAS ISAPRES Y LA CORTE SUPREMA

Por otra parte, desde fines del año 2009, un considerable número de recursos de protección fueron presentados ante las Cortes de Apelaciones del país, debiendo la Corte Suprema pronunciarse sobre ellos por vía de apelación.

Mucha de estas sentencias hacen referencia a casos de mujeres que requerían la intervención judicial para el resguardo de las garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 de nuestra Constitución Política, específicamente el número 24, referida al derecho de propiedad, por “el acto ilegal y arbitrario de la ISAPRE “consistente en la modificación unilateral del precio base del plan de salud por aplicación del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933.” Si tomamos una muestra del año 2010, entre marzo y mayo, se observan más de 80 peticiones relativas al mismo contenido en las que las litigantes fueron mujeres.

Las ISAPRES, autorizadas por la Ley en el artículo 38 ter, aduciendo la razonabilidad y objetividad de un sistema de factores; modificaron el precio de planes de salud presuponiendo que por ser mujeres las usuarias (factor sexo) y –sobre ello– cambiar ellas de tramo etéreo, (factor edad) harían mayor uso de sus contratos de salud.

Conociendo de estos casos, la jurisprudencia emanada de la más alta corte del país avanzó en la mayoría de ellos en un sentido unívoco y –en fallos reiterados– (especialmente emanados de su Tercera Sala) acogió los recursos, considerando

191 Tribunal Constitucional, Sentencia, Requerimiento de inaplicabilidad, de María Angélica Valenzuela Márquez, respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en los autos Rol N°9451-2008 sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la Isapre Banmédica S.A., abril 20 de 2010.

192 Tribunal Constitucional, Sentencia, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la Corte de Apelaciones de Talca, respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en especial de su inciso final –actual artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, en los autos Rol N° 1.537-2008 sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Talca en contra de Isapre MAS-VIDA S.A., 27 de abril de 2010.

arbitraria la revisión de los planes de salud por parte de la ISAPRE, por estimar que las alzas no se basaron en cambios efectivamente pormenorizados y comprobados de las condiciones de sus afiliadas.

La Corte Suprema señaló que “la facultad revisora de la Isapre debe entenderse condicionada en su esencia a un cambio efectivo y plenamente comprobable del valor económico de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de sus costos y no por un “simple aumento debido a fenómenos inflacionarios” o “a la injustificable posición de que la variación pueda estar condicionada por la frecuencia en el uso del sistema.”¹⁹³

Si bien el máximo Tribunal no razona en base a la igualdad y no discriminación, pilares del derecho internacional de los derechos humanos, al menos en forma clara y reiterada¹⁹⁴, hace referencia al derecho a la salud, estableciendo que: “es de la esencia de este tipo de contrataciones la incertidumbre acerca de la utilización” y que “las cifras y criterios generales” que utilizan las ISAPRES para afirmar que sus costos han aumentado, no aparecen como razonablemente justificadas, ya que “las prestaciones a las que ellas están obligadas son de jerarquía constitucional pues están referidas al “bien salud” y “el contrato” que suscribieron con sus afiliadas “reviste características de orden público”.

Sin embargo, el mismo Tribunal, en otros fallos referidos específicamente a la variación por factores étáreos resuelve por la vía civil de las reglas contractuales. Dando primacía a estas normas por sobre las que se refieren a la persona humana, rechaza los recursos estableciendo que “ha tenido oportunidad de resolver, reiteradamente, que el acuerdo al respecto se encuentra incorporado al contrato y, por ende, vincula a los contratantes conforme a la regla del artículo 1.545 del Código Civil. En tal virtud, la modificación introducida en el precio del contrato de salud no es arbitraria.”¹⁹⁵

La discriminación legal objetiva que afecta a las mujeres por aplicación de la tabla de factores que distingue por sexo, se evidencia en su magnitud en el caso de la señora Jeannette Hernández Muñoz, quien presentó en 2009 un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, que le fue concedido. La ISAPRE viéndose impedida de subir el costo del plan en tal oportunidad, practica el alza al año siguiente, ocasión en que doña Jeannette vuelve a presentar un recurso de protección, que fue resuelto en definitiva en su favor por la Tercera Sala de la Corte Suprema, el 26 de abril de 2010.

193 Corte Suprema, Sentencia, Recurso 8442/2009, de 11 de enero de 2010.

194 Corte Suprema, Sentencias, Recursos 7939, 7940, 7948, 7950, 7955, 7966, 8078, 8178, 8170, 8171, y 8281, de 11 de enero de 2010.

195 Corte Suprema, Sentencia, Recurso 136, de 6 de abril de 2010.

Si bien, en agosto de 2010, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 38 ter, las ISAPRES continúan aplicando la norma mientras se discute su modificación en el Congreso. El artículo 38 ter sigue en vigor para los contratos en actual aplicación. Por lo anterior, nuevamente la señora Hernández deberá someter su decisión a la magistratura ordinaria, si pretende que, en su caso, no se aplique la distinción.

Por otro lado, si la modificación legal que se discute pretende seguir aplicando el factor sexo y edad como criterio de diferenciación, la discriminación legal en contra de las mujeres no cesará.

LA TABLA DE FACTORES DE RIESGO

La existencia y aplicación de una tabla de factores de riesgo desagregada por sexo, edad y condición de cotizante o de carga, puede seguir constituyéndose en una forma de discriminación, en la medida en que la nueva normativa en discusión establezca un trato diferenciado que no obedezca a un criterio objetivo y razonable.

Ya en 1998, un estudio realizado por Servicio Nacional de la Mujer, plantea el trato desigual que las ISAPRES daban y siguen dando a las mujeres. La aplicación de este sistema implica para ellas barreras al ingreso, restricciones al uso de las prestaciones y mayores costos, adjudicándoseles en forma exclusiva el costo de la reproducción.

A mayor abundamiento, cifras extraídas del Instituto Nacional de Estadísticas relativas a la composición de la población en Chile, desagregada por sexo y edad, permiten vislumbrar el impacto diferenciado que tienen las mencionadas tablas de factores aplicadas actualmente por las ISAPRES y analizar el impacto de ellas para determinar la presencia de discriminación.

Se observa en general un aumento de la esperanza de vida al nacer, manteniéndose una diferencia entre hombres y mujeres en las zonas urbanas y rurales, siendo significativas éstas en las primeras. Así, mientras en el quinquenio 2000-05 la esperanza de vida al nacer era de 74,8 años para los hombres y 80,8 para las mujeres, para el 2020-25 se espera que los hombres vivan 77,19 años y las mujeres 83,36 años.¹⁹⁶

Igualmente, se observa un descenso marcado -y que se mantendría- en las tasas de fecundidad, elemento relevante porque se vincula directamente a los precios de los planes de salud de las mujeres el costo de la atención médica

196 Instituto Nacional de Estadísticas, CHILE: Estimaciones y Proyecciones de Población por Sexo y Edad. País Urbano-Rural, Período de Información: 1990-2020, 2004, Cuadro 1, pag. 11

por embarazo y parto. Se estima que la tasa de fecundidad (número de hijos por mujer) de 2.11 para el periodo 2000-05 descenderá a 1.96 en el periodo 2015-2020.

Al analizar la distribución de la población por edad y sexo, se confirma que las mujeres viven más años que los hombres y por lo tanto están sobre representadas en los grupos etáreos de mayores. La siguiente tabla ilustra la composición de la población por edad y sexo proyectada para el año 2005.¹⁹⁷

Rango de Edad	Total	Hombres	Mujeres
0 – 4	7,61	7,83	7,39
5 – 9	8,16	8,39	7,94
10 – 14	9,15	9,41	8,90
15 – 19	8,99	9,23	8,76
20 – 24	8,13	8,32	7,94
25 – 29	7,20	7,33	7,07
30 – 34	7,62	7,72	7,53
35 – 39	7,62	7,68	7,55
40 – 44	7,76	7,79	7,73
45 – 49	6,70	6,70	6,70
50 – 54	5,27	5,23	5,32
55 – 59	4,31	4,21	4,41
60 – 64	3,55	3,39	3,70
65 – 69	2,66	2,47	2,85
70 – 74	2,14	1,88	2,39
75 – 79	1,58	1,30	1,84
80+	1,55	1,12	1,98

A partir de lo anterior, es posible concluir que la aplicación de factores diferenciados por edad tiene un mayor impacto sobre las mujeres. Son ellas quienes viven más años y por ende, las que pagan los planes de ISAPRE más costosos a partir de los 50 años.

La existencia de una tabla de factores por edad y sexo constituye una forma de discriminación contra las mujeres.

197 Instituto Nacional de Estadísticas, CHILE: Estimaciones y Proyecciones de Población por Sexo y Edad. País Urbano-Rural, Período de Información: 1990-2020, 2004, Cuadro 5, pag 27.

Estudio de Caso
Plan Family Classic 2906 Colmena Golden Cross

TABLA DE FACTORES RELATIVOS

TRAMO EDAD	COTIZANTE HOMBRE	COTIZANTE MUJER	RELACION HOMBRE/MUJER	RELACION MUJER/ HOMBRE
0 a menos de 2 años	1,80	1,80	1,00	1,00
2 a menos de 5 años	0,80	0,70	1,14	0,88
5 a menos de 10 años	0,60	0,50	1,20	0,83
10 a menos de 15 años	0,60	0,50	1,20	0,83
15 a menos de 20 años	0,70	1,20	0,58	1,71
20 a menos de 25 años	0,70	1,60	0,44	2,29
25 a menos de 30 años	0,80	2,00	0,40	2,50
30 a menos de 35 años	1,00	2,80	0,36	2,80
35 a menos de 40 años	1,10	2,70	0,41	2,45
40 a menos de 45 años	1,30	2,10	0,62	1,62
45 a menos de 50 años	1,40	2,10	0,67	1,50
50 a menos de 55 años	1,70	2,30	0,74	1,35
55 a menos de 60 años	2,10	2,50	0,84	1,19
60 a menos de 65 años	2,60	2,80	0,93	1,08
65 a menos de 70 años	3,40	3,10	1,10	0,91
70 a menos de 75 años	4,00	3,10	1,29	0,78
75 a menos de 80 años	4,50	3,70	1,22	0,82
80 y más años	4,90	4,30	1,14	0,88

Equidad en factores relativos

Como puede observarse en este estudio de un plan particular de una ISAPRE, solamente en el tramo entre 0 y 2 años de edad, hombres y mujeres tienen el mismo factor relativo, por lo que el valor de sus planes de salud es el mismo, independiente del sexo.

Las mujeres pagan más en un número mayor de tramos etáreos, resultando en un costo mayor de sus planes de salud. Esta situación se agrava al considerar la esperanza de vida al nacer, incrementándose la diferencia entre mujeres y hombres.

EL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El 6 de agosto del año 2010, el Excelentísimo Tribunal Constitucional chileno pronunció el fallo sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley 18.933. En los siguientes párrafos, nos referiremos a los principales aspectos que aborda la sentencia.

Derechos Constitucionalmente Afectados:

La dignidad de la persona y su irradiación en los derechos afectados:

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

“el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido de que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5º, inciso segundo, los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la Constitución y la ley, no sólo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos”,

Noción de derechos Fundamentales:

48):“La expresión “derechos fundamentales” apunta a un concepto jurídico. En un sentido general, que es el más difundido, se usa para aludir a aquellos derechos de la persona que han recibido consagración positiva, en particular, a nivel constitucional. Otra postura, en cambio, expone la idea de “derechos fundamentales” como aquellos derechos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino por el mero hecho de ser hombre. Se trata de aquellos atributos vinculados directamente a la dignidad humana y que constituyen un conjunto limitado en su extensión sólo a aquéllos que son condición para la satisfacción de las necesidades inherentes a una vida digna (...) Como una tercera alternativa, se ha propuesto reservar la utilización teórica (como opuesta a dogmática) de la expresión “derechos fundamentales” en un sentido formal o estructural para “aquellos derechos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos, de personas con capacidad de obrar”.

“Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga ese derecho. Es dudoso que valga lo inverso”. Esta diferencia debe acompañarse de otra distinción propuesta por el

autor, la existente entre principios y reglas, siendo los principios “aquellas normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales posibles”, o sea entendidas como “mandatos de optimización”, mientras que “las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no. Si la regla es válida, entonces de (sic) hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”, concluyendo: “Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio” (Robert Alexy: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 47, 86-87);

El derecho de Igualdad ante la Ley:

La consagración de la igualdad ante la ley de hombres y mujeres, y b) La prohibición a la ley y a la autoridad de establecer diferencias arbitrarias; “La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquéllas que se encuentren en situaciones diferentes”. A su vez, la Corte Suprema, en fallo publicado en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXII 2º parte, sección 5ª, p. 183, declaró: “El principio de isonomía exige que sean tratadas de igual modo las situaciones iguales y de manera distinta las desiguales” (*Tratado de Derecho Constitucional* de Alejandro Silva Bascuñán, ob. cit., Tomo XI, p. 108);

Destaca el enfoque alemán que distingue conceptualmente entre “igualdades esenciales” “desigualdades esenciales”, de tal modo que estamos en presencia de una igualdad esencial cuando “personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (*tertium comparationis*), son comparables”, de lo que, consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario y, por ende, inconstitucional, tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales. Además, se agrega la denominada “nueva fórmula”, consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de examen de proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto”.

La Igualdad entre el hombre y la mujer:

CENTESIMOPRIMERO: Que la expresión “hombres y mujeres son iguales ante la ley” que la Carta introdujo en la última parte del numeral 2° de su artículo 19, encontró su consagración constitucional en 1999, dando cuenta su historia fidedigna de la envergadura de tal reforma constitucional, así como del contexto cultural y jurídico, nacional e internacional, en el que se aprobó.

Con ello, el Estado de Chile encontró concordancia entre su ordenamiento constitucional y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;

CENTESIMOCUARTO: Que la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha calificado los conceptos de discriminación de derecho o de hecho, así como la discriminación directa o indirecta, como “conceptos clave en relación con la discriminación y la igualdad”, precisando que “la discriminación directa se define como una diferencia de trato que consiste en forma explícita en distinciones basadas en el sexo o en una de las categorías reconocidas de discriminación”. Por su parte, “la discriminación indirecta se produce cuando una ley, una política o un programa que parecen neutros (por ejemplo en lo que atañe a hombres y mujeres) tienen un efecto discriminatorio en el momento de su aplicación. En ese caso, el resultado o efecto final provoca una situación de desventaja de la mujer con respecto al hombre, debido a las desigualdades existentes no tratadas por una medida supuestamente neutra.” (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social: *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Nueva York, 6 de junio de 2008, pp. 10-11).

De todo lo expuesto, es nítido que la igualdad de derechos del hombre y de la mujer es una categoría estándar en las legislaciones nacionales e internacionales, según la medida de equiparación de los derechos de la mujer respecto de los del hombre. Esto es, impedir el menoscabo o la desventaja de la mujer respecto del hombre en la consagración y el goce de los derechos.

El derecho a la protección a la salud:

“el derecho a la salud forma parte de los “derechos sociales”, o de segunda generación, que superando la concepción liberal del Estado, se basan en los principios de igualdad y de solidaridad y cuyo titular es la persona humana, la que puede exigir su cumplimiento a la sociedad en su conjunto” (Alejandro Silva Bascuñán: *Tratado de Derecho Constitucional, ob. cit.*, Tomo XII, p.130).

El derecho a la seguridad social:

“obliga al Estado a asegurar el acceso de todos sus habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y a supervigilar el adecuado ejercicio de ese derecho”,

Considerandos Relevantes

“CENTESIMOTRIGESIMOSEGUNDO: Que, por otra parte, la Constitución incorpora el principio de universalidad subjetiva, pues estos derechos se encuentran asegurados a todas las personas, sin distinciones de ninguna especie.

La expresión “*todas las personas*” no sólo forma parte del encabezado del artículo 19 constitucional, sino que se refleja en el uso de los términos “*cada persona*”, que utiliza su numeral 9º, “*prestaciones básicas uniformes*” y “*todos los habitantes*”, contenidos en su numeral 18º;

“...

“CENTESIMOTRIGESIMOSEXTO: Que la vinculación estrecha entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social se ve manifestada en los propósitos de los sistemas de seguridad social, que son los de asegurar a sus beneficiarios “*condiciones de vida ante la ocurrencia de riesgos como la desocupación, la vejez, la incapacidad, entre otros, que les impiden a quienes los experimentan obtener, mediante el trabajo, los medios indispensables para su subsistencia o la de su grupo familiar.*” (Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira: *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo I, p. 210).

Como se observa, el factor edad es constituyente de ambas garantías, resultando incompatible con sus respectivos propósitos el que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida;

“CENTESIMOTRIGESIMOSÉPTIMO: Que, a mayor abundamiento, la relación entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la protección de la salud se ha visto expresada en las consagraciones jurídicas internacionales, como en el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que incluye como “*riesgos y contingencias sociales en el ámbito de su protección: enfermedad, maternidad, vejez, invalidez, muerte, cesantía o desempleo, cargas familiares y riesgos profesionales*” (citado en: Gobierno de Chile, MINSEGPRES:

Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000-2006), LOM, Santiago de Chile, 2010, Tomo I, p. 223);

“ ...

“CENTESIMOCUADRAGESIMOSEGUNDO: Que tratándose de un examen abstracto, esto es, sin referencia a casos concretos, como aquel que se debe desarrollar en el juicio de inaplicabilidad, y que, además, recae sobre derechos fundamentales, como los garantizados en los números 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución, el que se ha propuesto realizar esta Magistratura respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 debe ponderarse según el criterio de razonabilidad, teniendo presente sus dimensiones de adecuación o idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad, a las que también aludió el señor Presidente de la República en el informe evacuado en estos autos;

“CENTESIMOCUADRAGESIMOTERCERO: Que consecuentemente con el método descrito, en el caso de autos esta Magistratura ha examinado si el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, objeto de este proceso constitucional: a) cumple con ser adecuado a los fines constitucionales de tutelar la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, de proteger la salud de las personas incorporadas al sistema privado de salud en el cual actúan las Instituciones de Salud Previsional, especialmente en lo que concierne al rol preferente del Estado en garantizar la ejecución de las acciones de salud y en proteger el libre e igualitario acceso a ellas de todas esas personas, y de asegurar que las personas accedan al goce de las prestaciones básicas uniformes de seguridad social, garantizadas por la acción del Estado; b) cumple con ser indispensable para alcanzar los fines señalados; y c) si guarda proporcionalidad con tales objetivos;

“CENTESIMOCUADRAGESIMOCUARTO Que, como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental;

“ ...

“CENTESIMOQUINCAGESIMOSEGUNDO: Que los primeros cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter tampoco cumplen lo dispuesto en el inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en orden a fijar

“las condiciones” del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud y, por consiguiente, son inconstitucionales.

“ ...

“CENTESIMOQUINCUGESIMOQUINTO: Que, por otra parte, el mecanismo de reajustabilidad que opera en este ámbito material es exponencial, pues implica que el precio base del plan se multiplica por el factor determinado en su tabla y, de esta forma, se permite un reajuste indefinido. En efecto, de la regulación contenida en las disposiciones bajo examen se puede concluir que la ley no ha establecido condiciones o parámetros razonables, ya que permite que el precio por el seguro de salud contratado con la Isapre aumente en una dimensión que puede ser equivalente a la confiscación de las rentas de un afiliado.

El seguro de salud que opera en este ámbito tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud. Por lo mismo, precios desproporcionados en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar. Para ajustarse a la garantía constitucional reseñada, el legislador debió establecer parámetros prudentes, dentro de latitudes razonables, al determinar las condiciones a las que debe ajustarse la fijación del precio de un seguro de salud que se contrate con una Isapre.

Por otra parte, dicho mecanismo potencia una discriminación en contra de las mujeres, los adultos mayores y los niños menores de dos años, que no tiene justificación racional y, por lo tanto, no se aviene a la Constitución;

“CENTESIMOQUINCUGESIMOSÉPTIMO: Que, en síntesis, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 resultan contrarios a la Constitución, en cuanto impiden garantizar el libre e igualitario acceso de las personas a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y el derecho que les asiste a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea éste estatal o privado, ambas garantías previstas en el número 9° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Además, el aumento desmedido del precio de los planes de salud al que conduce la amplitud no razonable que la disposición en examen permite, especialmente en los tramos de edad superiores, produce la calidad de “cotizante cautivo” que obliga a emigrar a un sistema al que la persona no desea pertenecer, lo que riñe directamente con el texto constitucional.

“ ...

“CENTESIMOSEXAGÉSIMO: Que, en efecto, el aumento de los precios al amparo de la norma cuestionada puede traer consigo, y así ocurre en la realidad de muchas personas, una completa imposibilidad de costearlos, ocasionando la indignidad que ello significa para el transcurrir de sus vidas y la evidencia de la falta de concreción de la obligación que el texto de la Constitución le asigna al Estado para dirigir su acción a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes;

“CENTESIMOSEXAGESIMOPRIMERO: Que de la vigencia de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter citado, se desprende una situación contraria a los principios de solidaridad y de equidad que informan no sólo la seguridad social, sino todo el conjunto de derechos fundamentales sociales garantizados en nuestra Constitución, lo que exige de esta Magistratura declararlos como contrarios a ella;

Esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo;

“...

“CENTESIMOSEXAGESIMOCUARTO: Que, asimismo, lo resuelto en esta sentencia no prejuzga, en sentido alguno, lo que pueda resolverse sobre la constitucionalidad de tales normas en procedimientos futuros o respecto de las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad cuya resolución se encuentra pendiente ante esta Magistratura.

Y VISTO, además, lo dispuesto en los artículos 1º, 6º, 19, N°s. 2º, 9º y 18º, 63 y 93, inciso primero, N° 7º, e inciso decimosegundo y 94, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional, SE RESUELVE QUE LOS NUMERALES 1, 2, 3 y 4 DEL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933, SON INCONSTITUCIONALES. PUBLÍQUESE LA PRESENTE SENTENCIA EN EL DIARIO OFICIAL, FECHA DESDE LA CUAL SE ENTENDERÁN DEROGADOS LOS PRECEPTOS LEGALES DECLARADOS INCONSTITUCIONALES.”

Efectos de la decisión:

“CUADRAGESIMOTERCERO: Que, igualmente, como lo ha destacado el ex magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán, Dieter Grimm, “frecuentemente la pregunta por la función (del Tribunal Constitucional)

es reducida a la alternativa entre derecho y política. Empero estos términos opuestos parecen ser demasiados gruesos para abarcar la jurisdicción constitucional. En gran medida el derecho constitucional requiere ser concretado y desarrollado debido a su carácter de principio y de compromiso” (Dieter Grimm: Jurisdicción Constitucional, en: Dieter Nohlen (ed.): *Diccionario de Ciencia Política*, Editorial Porrúa, México, tomo II, 2006);

“CUADRAGESIMOCUARTO: Que es posible, en consecuencia, que las decisiones del Tribunal Constitucional tengan un impacto político o económico, o social, o cultural inevitable, lo que no significa que tales decisiones hayan sido políticas o económicas o culturales. Las decisiones del Tribunal Constitucional son todas estrictamente jurídicas, sin perjuicio de la naturaleza del impacto que produzcan, sea político, económico, social o cultural. Visto el problema desde otra perspectiva, al adoptar una decisión el Tribunal puede tener plena conciencia del impacto extrajurídico que puede producir, pero tal convicción no puede inhibirlo de resolver el asunto que ha reclamado su intervención, sea que actúe de oficio o a requerimiento de persona u órgano legitimado;

“CUADRAGESIMOSEXTO: ..El Tribunal Constitucional de Chile puede declarar que un precepto jurídico vulnera la Constitución y, en consecuencia, producirse su derogación. O sea, la desaparición del ordenamiento desde la fecha de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que así lo ordena. Sin embargo, una vez adoptada tal resolución, a esta Magistratura no le está dada la atribución de señalar al legislador cuál debiera ser la norma que reemplace al precepto derogado. Este Tribunal no es legislador. Y la apreciación que sobre las bondades o carencias de este criterio pudiera formularse, tampoco es de su competencia;”

DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

La utilización de una tabla de factores que establezca diferencias de tratamiento con base en el sexo, afecta directamente el derecho a la no discriminación que asiste a todas las mujeres chilenas afiliadas a una ISAPRE. Este derecho debe ser un elemento central dentro de nuestro ordenamiento jurídico como lo es a nivel del derecho internacional de los derechos humanos.

Así lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-18:

“El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación está consagrado en muchos instrumentos internacionales. El hecho de estar regulado el principio de igualdad y no discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un deber universal

de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico.”¹⁹⁸

El derecho a la no discriminación está directamente relacionado con la dignidad inherente a toda persona humana. Es por ello que el Estado debe tomar todas las medidas necesarias para garantizar un trato igualitario a las y los ciudadanos.

“[I]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.”¹⁹⁹

La existencia de la tabla de factores de riesgo por edad y sexo es un elemento que discrimina, atentando contra el principio de igualdad. Al respecto la Corte Interamericana estableció que:

“no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas.

De ahí que no pueda afirmarse que existe discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.”²⁰⁰

Claramente, el artículo 38 ter de la ley N° 18 vulnera las normas establecidas en la Constitución Política de la República, particularmente en las garantías

198 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, OC-18 par. 86.

199 Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55.

200 Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 1, párr. 47; y Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, supra nota 32, párr.57.

constitucionales del artículo 19 números 2, 9 y 24, así como también su artículo 5; la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de las Mujeres y los artículos 3 y 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La mantención en una nueva normativa de factores de riesgo que consideren el sexo, perpetuaría la discriminación en contra de las mujeres.

De acuerdo a la Corte Interamericana, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, en igualdad y sin discriminación, genera las siguientes obligaciones para los Estados.

- Abstenerse de realizar acciones que tengan por objeto, directo o indirecto, generar situaciones de discriminación de jure o de facto.
- Adoptar medidas positivas dirigidas a eliminar o transformar situaciones discriminatorias existentes en la sociedad. La responsabilidad estatal se compromete con la aceptación, tolerancia o aquiescencia a mantener situaciones discriminatorias generadas en las relaciones entre privados.
- Establecer distinciones objetivas y razonables.
- El incumplimiento de esta obligación de los Estados compromete su responsabilidad internacional.

La oportunidad de consagrar los principios de igualdad y no discriminación en el sistema de salud y previsión social chileno, es una deuda pendiente, ahora en manos de diputados y senadores. La incorporación del estándar internacional en esta normativa, podría acortar la brecha de iniquidades que subyace en las estructuras sociales chilenas.

TENTATIVA DE PARRICIDIO, TENTATIVA DE FEMICIDIO: ¿QUÉ CAMBIARÁ CON LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE FEMICIDIO EN CHILE? COMENTARIO EN BASE A LA SENTENCIA RUC 00701 DE 2010

Patsilí Toledo Vásquez²⁰¹

RESUMEN

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

En el mes de mayo del año 2010, un hombre intentó asesinar a su conviviente en la ciudad de La Serena. En el juicio, llevado a cabo en octubre del mismo año, el Ministerio Público solicitó una pena de 15 años de presidio, como autor del delito de parricidio en grado de frustrado²⁰². El tribunal recalificó el grado de desarrollo del delito a tentativa, y agregó la atenuante de ‘haber actuado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan provocado arrebatos y obcecación’, dado que la mujer le había dicho que había estado con su amante ese día. En consecuencia, la pena impuesta al acusado fue de 5 años de presidio menor, pena que además no se cumplirá en prisión sino en libertad²⁰³.

El resumen anterior es, por cierto, un bosquejo muy grueso de un caso y una sentencia de mayor complejidad, sin embargo, es un resumen que permite identificar ciertos elementos centrales que no son excepcionales en casos de este tipo en Chile, pero que posiblemente podrían repetirse en muchos otros países que pertenecen a la misma tradición jurídica. Por una parte, es un ejemplo más de cómo actualmente los delitos contra la vida o la integridad de las personas pueden tener penas mucho bajas que delitos contra la propiedad en nuestro país. Pero más allá de eso, esta sentencia ejemplifica claramente la manera en que el discurso jurídico reproduce las consideraciones sociales tradicionales sobre la conducta de las mujeres —lo que ocurre en muchos procesos penales relativos a violencia contra las

201 Abogada. Investigadora del Centro Antígona, de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona.

202 Reconociendo al acusado la atenuante de ‘irreprochable conducta anterior’.

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

mujeres²⁰⁴–, en este caso, a través de la atenuante vinculada al arrebato y la obcecación del acusado, provocado por un estímulo ‘tan poderoso’ como la ‘reconocida infidelidad’ de su pareja. En la medida en que se trata de un caso que no es, en este sentido, tan extraordinario, parece interesante tomarlo como base para reflexionar en torno a los alcances de la recientemente promulgada ley que establece el delito de femicidio en Chile, y los efectos que podría o no tener en casos como éste. ¿Podría haber sido diferente esta sentencia si la ley hubiese estado vigente?

LA TIPIFICACIÓN DEL FEMICIDIO EN CHILE EN EL CONTEXTO LATINO-AMERICANO

En diciembre pasado, fue promulgada en Chile la Ley N° 20.480²⁰⁵, que incorpora el delito de femicidio en el Código Penal, después de poco más de tres años de tramitación parlamentaria²⁰⁶. Esta ley introduce, junto con una ampliación del delito de parricidio (para incluir no sólo al actual cónyuge o conviviente –como era hasta entonces–, sino también a quien lo ha sido en el pasado), la figura del *femicidio*. Este nuevo tipo penal se incorpora dentro del parricidio, para constituir una forma específica de éste, cuando se causa la muerte de quien ‘es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor’.

Actualmente, en Latinoamérica cuatro países han tipificado el femicidio o feminicidio como delito específico²⁰⁷: Costa Rica (2007), Guatemala (2008), El Salvador²⁰⁸ (2010) y Chile, –además de dos entidades federativas mexicanas²⁰⁹–, y se discute su incorporación al ordenamiento jurídico también en países

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

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

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

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

208 En El Salvador, la ley entrará en vigor el 1º de enero de 2012.

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

como México²¹⁰, Perú²¹¹, Nicaragua²¹², Panamá²¹³ y Argentina²¹⁴. Tal como se ha extendido por la región el uso mismo del neologismo *femicidio o feminicidio*²¹⁵ desde la década de 1990, para aludir a los asesinatos de mujeres²¹⁶ cometidos por motivaciones de género, así como las investigaciones destinadas a dimensionar el fenómeno, se ha extendido también en los últimos años la tendencia legislativa hacia su tipificación como delito específico.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Estos dos tipos de crímenes representan la mayor parte de los casos que suelen identificarse como femicidios o feminicidios, aunque la diversidad de expresiones que abarcan los homicidios de mujeres motivados en consideraciones de género es aún más amplio²¹⁷. Esta distinción, en todo caso, coincide con la separación teórica -y jurídica- que, en un nivel más general, distingue los dos grandes ámbitos en los que se produce la violencia contra las mujeres (y, por tanto, también los femicidios): aquellos crímenes que se producen en la esfera privada, en las relaciones familiares o íntimas, por una parte, y aquellos que ocurren en la esfera o espacio público, por otra. En términos generales, los primeros, por ejemplo, incluirán aquellos femicidios cometidos por maridos, novios, parejas, ex parejas o familiares, es decir por personas que son conocidas para la víctima; mientras los segundos comprenden aquéllos que se producen fuera de estos vínculos o relaciones, los casos en que la víctima es atacada sexualmente por desconocidos, o en contextos de conflicto, etc.

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

Efectivamente, la esfera privada –y sexual, en la medida en que se considera simbólicamente parte de lo privado– ha sido tradicionalmente el espacio donde se ejerce la mayor violencia hacia las mujeres –e históricamente en total impunidad–, relacionado también con el hecho que ha sido y es “el lugar” de las mujeres. Sin embargo, este tipo de aseveraciones hoy en día debe ser matizado en una realidad latinoamericana que muestra un importante incremento de los asesinatos de mujeres en el espacio público,

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

pero inevitablemente ligados a “su papel” en el espacio privado: mujeres que son asesinadas por desconocidos, pero “porque” ella es “la mujer de” alguien a quien se quiere enviar un mensaje de amenaza, a través de lo que se hace al cuerpo de su novia, esposa o conviviente. Este nuevo escenario de los femicidios/feminicidios ha sido investigado especialmente en contextos de criminalidad organizada, y es un fenómeno que se ha incrementado sustancialmente en países centroamericanos y México en la última década²¹⁸.

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

Así, en lo legislativo, en el caso de Chile, y de una manera muy semejante en la legislación costarricense, la expresión femicidio alude únicamente a los homicidios de mujeres cometidos por quienes tienen o han tenido una relación de pareja con ellas –con diversas restricciones, tanto en Costa Rica como en Chile²¹⁹–, es decir, los casos que son calificados como “femicidio íntimo” desde una perspectiva teórica. Por el contrario, las leyes aprobadas en Guatemala y El Salvador²²⁰ incluyen tanto estos crímenes como también aquéllos cometidos por desconocidos o en la esfera pública, cuando concurren elementos que permiten calificar la conducta como una manifestación de violencia contra las mujeres²²¹.

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

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

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

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

LOS EFECTOS DE LA TIPIFICACIÓN

En un primer momento, el principal cuestionamiento en torno a la existencia de estas figuras penales especiales se encontraba en relación al riesgo de vulneración de la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres. Sin embargo, actualmente se ha llegado a un consenso a nivel comparado sobre la justificación de la existencia de normas que sancionan en forma “específica” la violencia contra las mujeres, es decir, el abandono de las leyes penales neutras en esta materia, sin que ello pueda considerarse discriminatorio²²², sino por el contrario, una acción específicamente dirigida a abordar una realidad que es desproporcionadamente “diferente” y específica cuando se trata de las mujeres.

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

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

Por cierto, tratándose de hechos criminales, este reconocimiento específico debe darse a través del derecho penal. Luego, entonces, la discusión se dirige en gran parte a la justificación de “recurrir” al derecho penal en casos de violencia contra las mujeres. Lo interesante en este caso –a diferencia de lo que ocurría en el pasado con la violencia doméstica leve y el acoso sexual, por ejemplo– es que se trata de conductas que *ya son un delito*, es decir, no se

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

incluye una nueva conducta como ilícita en el sistema penal, que se trata de diferenciar, dentro del homicidio –y, en el caso de Chile, del parricidio– ciertos crímenes que revisten características particulares.

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

En este sentido, los femicidios –de la manera en que son definidos en nuestro país, es decir, aquéllos cometidos por parejas o ex parejas de la mujer– pueden separarse del resto de los homicidios en cuanto efectivamente son algunos de los crímenes más “prevenibles” en términos concretos. En efecto, la mayor parte de los homicidios de mujeres en estos contextos no constituyen el primer ataque a la mujer por parte de su agresor, sino que suelen ser precedidos por episodios de violencia física o psicológica, especialmente amenazas de muerte. El sólo hecho de que las mujeres siempre sepan “quién” las ha amenazado –y frecuentemente tengan toda la información para identificarlo y localizarlo– hace que la realización de *estas* amenazas tenga mayores posibilidades de ser evitada, especialmente si se consideran los factores de riesgo²²³ presentes en cada caso.

De esta manera, es importante considerar que los efectos preventivos generales –como en el caso de cualquier otro delito– tienen relación fundamentalmente con las medidas que se adopten a nivel social para la disuasión de estas conductas. Tanto en Chile como en Costa Rica –cuyas legislaciones en esta materia son similares– la penalización especial del femicidio, además, no supone una penalidad diferente a un homicidio cometido contra un hombre en circunstancias similares, es decir, la pena es la misma en caso de que la

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

víctima sea hombre o mujer. Esta decisión –aunque pueda ser discutible en el plano teórico²²⁴–, resulta además concordante, en términos prácticos, con la evidencia empírica que muestra que las mayores penas no generan un mayor efecto disuasivo. Esto es aún más importante cuando –en los casos de femicidios íntimos– una parte importante de quienes los cometen intenta o consigue quitarse, a su vez, la vida²²⁵.

LA OPCIÓN CHILENA SOBRE FEMICIDIO: UNA FORMA DE PARRICIDIO

La normativa chilena, como hemos señalado, se une a la tendencia minoritaria de la región –junto con Costa Rica– cuyas normas sobre femicidio se restringen a los “femicidios íntimos”. En este caso, en particular, se incorpora la figura del femicidio dentro del parricidio, el cual se amplía para comprender también a quienes han sido cónyuges o convivientes en el pasado²²⁶, señalándose que si la víctima del parricidio “es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio.”²²⁷. Si bien durante la tramitación legislativa se discutió la posibilidad de limitar en el tiempo la inclusión en esta figura de las relaciones entre ex cónyuges y ex convivientes,²²⁸ finalmente se optó por no establecer plazos de protección luego del cese de la convivencia o disolución del matrimonio.

El parricidio –una figura penal que ha sido eliminada de gran parte de las legislaciones contemporáneas– supone la agravación de la sanción penal prevista para el homicidio, atendido el mayor valor que jurídicamente se reconoce a la vida de ciertos parientes, el cónyuge o conviviente, comparada con la vida de un extraño, valoración que tendría su justificación en las normas constitucionales que establecen que la familia es “el núcleo fundamental de la sociedad”²²⁹, aunque también se sostiene que esta agravación tiene su fundamento en la mayor culpabilidad en la conducta, es decir, en el plano

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

225 En España, por ejemplo, alrededor de un 30% de los femicidas intenta o consigue suicidarse, luego de dar muerte a su pareja. (Fuente: Instituto de la Mujer. Suicidios de Agresores desde 1999. http://www.inmujer.migualdad.es/mujer/mujeres/cifras/violencia/muertes_tablas.htm)

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

227 Art. 390 inciso 2º del Código Penal.

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

229 Art. 1º de la Constitución Política.

subjetivo de la misma²³⁰. La improcedencia de la protección de “la familia” o el orden familiar a través del derecho penal así como la valoración diferenciada de la vida de unas y otras personas (conocidas y desconocidas), han hecho que la figura del parricidio como tal tienda a desaparecer de los códigos penales en las últimas décadas, aunque sin embargo se ha introducido en muchos de ellos, una agravación general por el vínculo existente entre el autor y la víctima, y en otros, la circunstancia del parentesco o vínculo posee un carácter mixto, con lo cual puede tanto agravar como atenuar la sanción penal.

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

En una línea totalmente diferente, la sanción diferenciada –y eventualmente “agravada”– de la violencia contra las mujeres es una tendencia muy reciente en el derecho penal comparado²³¹, cuya justificación se aleja diametralmente de lo que en el pasado era “la protección de la familia” como en la sanción agravada del parricidio. Por ello resulta, ciertamente, paradójico que la sanción de una forma extrema de violencia contra las mujeres, que responde a consideraciones de derechos humanos que han alcanzado su desarrollo en los últimos años, se inscriba “dentro” de una figura “tradicional” como el parricidio, que precisamente por consideraciones también garantistas, ha tendido a eliminarse de las leyes penales contemporáneas.

Posiblemente, sea este elemento paradójico el que distingue el caso chileno de otras iniciativas en la región que sancionan el femicidio o feminicidio. En general, esta tipificación se ha hecho en la región en leyes especiales²³², y en

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

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

232 En Costa Rica, Guatemala y El Salvador.

los casos en que se ha incluido dentro de los códigos penales respectivos, se considera un tipo separado dentro de los delitos contra la vida²³³. En el caso de Chile es el único en que se introduce el femicidio dentro del parricidio.

Ahora bien, la introducción del femicidio dentro de las normas sobre el parricidio también genera otra consecuencia relevante. A diferencia de los países que han optado por leyes especiales sobre violencia contra las mujeres para incluir la figura del femicidio o feminicidio²³⁴, en Chile esta figura se introduce en el ordenamiento jurídico penal en ausencia de un marco conceptual y elementos interpretativos que faciliten su adecuada aplicación. Se trata de una norma aislada en el Código Penal, que se encuentra descontextualizada respecto del fenómeno de la violencia contra las mujeres y más aún, su contexto está determinado por el parricidio, una figura cada vez menos justificada en el debate jurídico penal contemporáneo.

Lo anterior no facilita una evolución interpretativa o jurisprudencial que sea concordante con las críticas feministas al derecho penal que precisamente se encuentran a la base de la adopción de nuevas normativas que introducen figuras penales especiales para sancionar la violencia contra las mujeres, como en Suecia²³⁵ o España²³⁶, y como el femicidio o feminicidio en países latinoamericanos. En el caso de Chile y en ausencia de los elementos de contexto que dotan de contenido y sentido a este tipo de reformas, el peso histórico de las interpretaciones tradicionales de las normas penales puede llegar a hacer que la aplicación del femicidio sea exactamente igual que la aplicación actual de las normas del parricidio u homicidio. La sentencia que da origen a este comentario precisamente muestra el peso de aquellas interpretaciones.

LA VIOLENCIA “JUSTIFICADA” CONTRA LAS MUJERES

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

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

234 Costa Rica, Guatemala y El Salvador.

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

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

jurídicos, especialmente la ejercida en la esfera privada o sexual²³⁷. Basta pensar como ejemplos en el uxoricidio, por el cual se atenuaba sustancialmente la sanción penal del marido que mataba a la mujer adúltera, el delito de adulterio como ilícito que sólo podía ser cometido por la mujer (no por el marido), la extinción de la responsabilidad penal del violador por el posterior matrimonio con la ofendida, la exigencia de “honestidad” o “buena fama” en las víctimas de ciertos delitos sexuales, etc. Es decir, figuras penales donde la mujer puede ser sujeto activo o pasivo del delito, pero en las que, en cualquier caso, se refuerzan los roles y estereotipos de género que pesan sobre ella.

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

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

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

Ésta es una de las llamadas “atenuantes pasionales”, que reconoce un estado de perturbación anímica importante que impediría a quien comete el delito controlar sus acciones de la forma en que normalmente lo haría²³⁸. Por cierto, el problema se plantea al determinar qué estímulos son capaces de provocar este estado de alteración anímico en el caso concreto. Y es aquí donde entran consideraciones culturales y sociales, que –en casos como la sentencia que se examina– priman por sobre la evaluación individualizada del sujeto que se ve expuesto a estos estímulos.

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

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

En efecto, una primera constatación es que en lo cultural, hombres y mujeres son socializados de manera diferente, y ello es especialmente diferente en cuanto al control de sus propios impulsos violentos—normalmente provocados por algún nivel de arrebató u obcecación—. Esto se evidencia, por ejemplo, en la notoria diferencia en la comisión de delitos violentos entre hombres y mujeres, en todo el mundo²³⁹. Así, atenuantes de responsabilidad como la establecida en el N.º 5 del Art. 11, están prácticamente “hechas” para justificar la violencia masculina, causante de la mayor parte de los delitos violentos que se cometen en la sociedad.

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

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

“Que favorece al encartado la atenuante del N.º 5 del artículo 11 del Código Penal (...)la cual se encuentra acreditada con los dichos de la propia víctima, quien, reconoció en la audiencia (...) que dijo a Wilson Torres que, ese mismo día (...) había tenido sexo con su amante (...) *siendo esta confesión de la ofendida, tan cruel, que más que decir la verdad, con lo que se justificó, fue una verdadera agresión al acusado, en lo más íntimo de su ser, como varón y como pareja (...).*”²⁴⁰

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

240 Considerando Decimosexto de la sentencia. Destacado nuestro.

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

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

CONCLUSIONES

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

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

En términos comparados, si bien podemos reconocer que el contenido de la figura de femicidio en Chile puede ser más amplio que la ley costarricense, por ejemplo, en la medida que se trata sólo de un artículo –menos aún, de un inciso dentro de un artículo– resulta una disposición totalmente descontextualizada,

y que no introduce en el ordenamiento jurídico penal criterios ni disposiciones que permitan una interpretación más ajustada a la violencia basada en el género que esta figura supone.

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

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

Bibliografía

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

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

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

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

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

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

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

Russell, Diana y Van de Ven, Nicole. *Crimes against women. Proceedings of the international tribunal*, Les Femmes Pub, 1976.

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

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

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

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

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

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

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

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

¿LAS MUJERES SOMOS LAS ÚNICAS RESPONSABLES DEL CUIDADO DE LOS HIJOS?

LA PERSECUCIÓN DEL DELITO DE ABANDONO DE MENORES EN CHILE. COMETARIO CRÍTICO A LA SENTENCIA DEL TOP DE ARICA EN CAUSA RUC 0710014873-5

Claudia Castelletti Font

RESUMEN

A partir de la argumentación del ministerio público y razonamiento judicial en el caso en referencia, se cuestiona la supuesta neutralidad y tratamiento igualitario entre hombres y mujeres, mostrando cómo en las normas y en su aplicación se plasman evidentes desigualdades de género. Particular referencia se hace al ideario de la mujer buena y a su aplicación en el caso de una mujer aymara que es condenada por el delito de abandono seguido de muerte de su hijo.

INTRODUCCIÓN

A veces es necesario un remezón para descubrir que las cosas no están tan bien como creemos. Y en eso el año 2010 nos trajo varios eventos de magnitud. Por supuesto no me refiero sólo al terremoto del 27 de febrero y los debates y consecuencias jurídicas en materia de derecho urbanístico y de daños, sino que a un hecho que pasó mucho más desapercibido, pero que indudablemente produjo estragos para el reconocimiento de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres pues, a pesar de los enormes avances en materia de igualdad y de reconocimiento de los derechos de las mujeres, aún queda un enorme trecho que recorrer. La sentencia que comento nos demuestra que las mujeres no somos tratadas como iguales a los hombres en el sistema criminal.

En particular, la sentencia que comentaremos nos demuestra que el prejuicio de la distribución sexual del trabajo y de la obligación “exclusivamentematerna” del cuidado de los hijos sigue siendo un argumento plausible para los operadores del sistema de justicia penal y que, incluso, permite fundar una sentencia penal condenatoria.

Otras aristas sobre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación (v. gr. etnia, condición social y cultural) podrían ser analizadas en este caso, pero al no ser temas de mi competencia, serán otros y en otros lugares quienes deberán hacerse cargo de ellas.

LOS HECHOS JUZGADOS Y EL DESARROLLO JUDICIAL DEL CASO

El caso se sigue en contra de Gabriela B.B., mujer aymara de cerca de 24 años, que vivía en la Estancia Caicone, cercana al caserío de Alcérreca de la comuna de General Lagos²⁴¹ de la Región de Arica y Parinacota. Gabriela era madre de tres hijos, el primero engendrado en una violación cometida por un familiar cuando ella tenía 16 años, el que se encuentra al cuidado de uno de sus hermanos mayores pues nació con problemas. El segundo de los niños y el único que vivía con ella, Domingo B.B., había nacido producto de una relación con Eloy G. C., a quien conoció mientras trabajaba en Zapahuira²⁴² y que no lo reconoció como su hijo. La menor de sus hijos se encontraba al cuidado de Conin, y fue concebida con su hermano Cecilio B.B., quien supo de su paternidad meses después de que la niña había nacido.

Gabriela trabajaba en el pastoreo de llamas para la Estancia Caicone (ubicada a 17 Km. del caserío de Alcérreca), por el que recibía una remuneración de \$3.000 diarios, más alimentación y sin trato por pérdida de los animales²⁴³. Tenía una relación sentimental con el dueño de la estancia y los animales, quien era casado y su mujer no conocía la existencia de la relación extra marital.

El día 17 de julio de 2007 Gabriela se dirige a la Estancia Caicone para comenzar al día siguiente la labor de pastoreo, que dura cerca de 12 días. Esta labor debe comenzar muy temprano a fin de poder guarecerse antes que llegue la noche, pues las temperaturas pueden alcanzar los 25° bajo cero. Como no consigue que alguien cuide a su hijo Domingo de 3 años, lo lleva con ella. El día 23 de julio, en momentos que ya bajaba con el ganado, se percató de que algunos animales se habían retrasado, por lo cual deja a su hijo con los restantes, luego de haberse cerciorado que no había peligro para ir en búsqueda de los que estaban perdidos. Cuando regresa, cerca de una hora después, no encuentra a su hijo, lo busca y al no encontrarlo, regresa a Alcérreca en busca de ayuda. Denuncia el hecho a Carabineros y éstos la detienen. El cuerpo de Domingo es encontrado el 2 de diciembre de 2008 en el sector denominado Palcopampa, distante a 12 km. del caserío Caicone, no pudiendo determinarse de manera fehaciente la causa de su muerte.

241 De acuerdo al Censo de Población y Vivienda del año 2002, la población en la comuna es de 1.179 personas, de las cuales 418 son mujeres. Todos los habitantes de la comuna viven en sector rural. La extensión de la comuna es de 2.244 km². Fuente: www.ine.cl.

242 Este poblado se ubica en la comuna de Putre, Región de Arica y Parinacota. De acuerdo al Censo de Población y Vivienda del año 2002, su extensión es de 5.902 km² y su población total es de 1977 personas, de las cuales 632 son mujeres. Fuente: www.ine.cl.

243 Es decir, cuando no se encuentra regulada contractualmente la carga de la pérdida del ganado en el pastoreo.

Entre los días 5 y 10 de abril del año 2010 se lleva a cabo un juicio oral ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (en adelante TOP) de Arica en contra de Gabriela por los delitos de abandono de menor en lugar solitario con resultado de muerte (Art. 349 y 351 del Código Penal), obstrucción a la investigación (Art. 269 bis del Código Penal) e incesto (Art. 375 del Código Penal). Por este último delito también es acusado su hermano Cecilio. En la sentencia se absuelve a Cecilio y Gabriela por el delito de incesto y a Gabriela por el de obstrucción a la investigación, pero se la condena a 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio por el abandono del menor con resultado de muerte.

La defensa de Gabriela interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia, el que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Arica el 30 de agosto de 2010, ordenando que realizara nuevamente un juicio oral, en atención a que se había incumplido el mandato legal del Art. 342 letra c) del Código Procesal Penal (en adelante CPP), esto es, que la sentencia del TOP expusiera en forma clara, lógica y completa los fundamentos que hubieren servido para establecer los hechos.

El nuevo juicio se realizó los días 4 y 6 de octubre de 2010 y sólo comprendió los hechos que de acuerdo al fiscal constituían el abandono del menor, resultando condenada por éste y sancionada a una pena de cumplimiento efectivo de 12 años de presidio mayor en su grado medio²⁴⁴.

La defensa intentó un recurso de queja en contra de esta segunda condena, pero fue rechazada por sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica el 15 de noviembre de 2010, por lo que Gabriela se encuentra cumpliendo condena como rematada en el centro de cumplimiento penitenciario de Arica.

LA DISCRIMINACIÓN POR CAUSA DE GÉNERO Y EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO

Aunque la Constitución chilena consagra de manera explícita el principio de igualdad entre hombres y mujeres como uno de los pilares del sistema jurídico en los artículos 1 inc. 1° y 19 N° 2, las desigualdades existen, aunque no siempre se reflejen de manera explícita en el sistema jurídico. Se trata de barreras invisibles que impiden que las mujeres disfruten sus derechos y que se encuentran invisibilizadas por la redacción - al parecer neutra- de las disposiciones jurídicas. Ello es así porque, tal como lo explica Larenz: “A toda norma jurídica pertenece, como trasfondo absolutamente ineludible para su comprensión, la realidad social para la cual fue concebida, la situación jurídica en el momento de su nacimiento y la realidad social actual en la que debe operar”²⁴⁵.

244 Sobre la aplicación de una pena mayor a la obtenida en el primer juicio, Vid. la posición crítica de BARRIENTOS PARDO, Ignacio, “Prohibición de reformatio in peius y la realización de nuevo juicio (ir por lana y salir trasquilado)”, en Revista de Estudios de la Justicia, N° 9, año 2007, pp. 175-207.

245 LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1994, p. 179.

El Derecho es una ciencia de la cultura y como tal, se nutre y viste de la realidad social imperante en un momento dado²⁴⁶. En ese sentido, las ciencias sociales y el Derecho en particular han necesitado incorporar otros elementos de análisis para explicar el principio de igualdad entre personas de sexos distintos y, en particular, han debido observar la realidad y no sólo quedarse con las categorías jurídicas tradicionales, pues para contribuir a la eliminación de las barreras invisibles que impiden a las mujeres ejercer sus derechos, es necesario ver cómo se construye la norma jurídica en la realidad. En otras palabras, aunque la norma jurídica diga que somos iguales, es la porfiada realidad la que nos enseña que las mujeres no somos “tan iguales” como los hombres.

Así, lo primero a destacar es que las ciencias sociales han sido históricamente construidas desde lo masculino, lo que ha llevado no sólo a ocultar o invisibilizar a las mujeres en la vida jurídica, sino también a relegarlas a planos considerados por los hombres de menos valor, como el cuidado de la casa y los hijos, y a mantenerlas sometidas a los hombres²⁴⁷. En particular, la separación de los espacios públicos y privados fue construida en base a una distinción jerárquica de género, de manera que la esfera de actuación de las mujeres es prioritariamente la privada, junto a los hijos²⁴⁸.

En definitiva, el problema se presenta por el predominio de valores masculinos fundamentados en relaciones de poder ejercido por varones a través de distintos mecanismos de control social que oprimen y marginalizan a la mujer, de manera que crean relaciones asimétricas de poder que dejan a la mujer en una débil posición frente al hombre²⁴⁹.

Por ello, cuando hablamos de igualdad no basta con una igualdad formal, pues ella no reconoce la asimetría que en lo social sí existe entre hombres y mujeres. Es por ello que desde el mundo del Derecho se ha construido el concepto de igualdad material, que en palabras del Tribunal Constitucional chileno consiste

246 BARRIENTOS GRANDON, Javier, *Curso de Historia del Derecho Chileno*, 1994, t. I, p. 37.

247 Tal como lo ha señalado Bourdieu: “La fuerza del orden masculino se descubre en el hecho de que prescinde de cualquier justificación: la visión androcéntrica se impone como neutra y no siente la necesidad de enunciarse en unos discursos capaces de legitimarla. El orden social funciona como una inmensa máquina simbólica que tiende a ratificar la dominación masculina en la que se apoya: es la división sexual del trabajo, distribución muy estricta de las actividades asignadas a cada uno de los sexos, de su espacio, su momento, sus instrumentos; es la estructura del espacio, con la oposición entre el lugar de reunión o el mercado, reservados a los hombres, y la casa, reservada a las mujeres, o, en el interior de ésta, entre la parte masculina, como del hogar, y la parte femenina, como el establo, el agua y los vegetales; es la estructura del tiempo, jornada, año agrario, o ciclo de vida, con los momentos de ruptura, masculinos, y los largos periodos de gestación, femeninos”. BOURDIEU, Pierre, *La dominación masculina*, Barcelona, 2007, p. 22.

248 SABADELL, Ana Lucia, *Manual de Sociología jurídica*, San Pablo, 2008, p. 266.

249 Vid. SABADELL, Ana Lucia, (n. 8), p. 264; y MOORE, Henrietta L., *Antropología y feminismo*, Madrid, 2009, pp. 13-17.

en que *“las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquéllas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición”*²⁵⁰. En consecuencia, de acuerdo al mismo tribunal es posible que el legislador contemple diferentes decisiones para casos distintos, siempre que esta discriminación no sea arbitraria²⁵¹.

Para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las discriminaciones por causa de sexo son también inaceptables y es deber de los Estados avanzar en el camino de su eliminación, pues los arts. 5²⁵² y 16.1²⁵³ de la Convención

250 STC causa 1414/2009, de 14 de de septiembre de 2010, considerando 14°.

251 Vid. STC causa N° 986/2008, de 30 de enero de 2008, considerando 32°: *“...la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario”*.

252 Cuyo texto reza:

“Artículo 5. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;*
- b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirán la consideración primordial en todos los casos”*.

253 Que establece:

“Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) El mismo derecho para contraer matrimonio;*
- b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;*
- c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;*
- d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;*
- e) Los mismos derechos 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;*
- f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;*

sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer 8 letra b)²⁵⁴ de la Convención de Belém do Pará les imponen la obligación de modificar los patrones socioculturales de conducta de mujeres y hombres para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer.

Sin embargo, a pesar de la nueva visión sobre la igualdad material y las obligaciones internacionales del Estado de Chile, aún subsisten desigualdades legislativas entre hombres y mujeres. Por ejemplo, en materia civil la invisibilidad de la mujer²⁵⁵ es clásico el ejemplo del Art. 44 del Código Civil chileno que para definir los grados de culpa, usa expresiones como “falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”, “buen padre de familia”, u “hombre juicioso”²⁵⁶, pensados en que es el hombre el que se relaciona en el mundo de los negocios y lo público, en el tradicional ideario del *paterfamilias* romano. Por otro lado, La subordinación de la mujer en materia civil, se manifiesta, por ejemplo, en lo dispuesto en el Art. 1749, que señala que “el marido es el jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer”²⁵⁷.

g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;

h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso”.

254 Que estatuye:

“Artículo 8. Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer”.

255 Vid. NOVALES ALQUÉZAR, María de Aránzazu, *Derecho antidiscriminatorio y género: Las premisas invisibles*, Santiago, 2004, pp. 248 a 250.

256 El texto del artículo estatuye:

“Art. 44. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levisimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

257 Vid. NOVALES ALQUÉZAR, María de Aránzazu, (n. 15), pp. 250-261.

En derecho procesal civil también encontramos disposiciones que excluyen de la esfera social a la mujer, como el Art. 361 N° 4 del Código de Procedimiento Civil chileno que permite a las mujeres excusarse de asistir a la audiencia judicial en que tenga que deponer como testigo “siempre que por su estado o posición no puedan concurrir sin grave molestia”, como si el sólo hecho de que una mujer salga de su casa para asistir a una citación judicial en un lugar público fuera una contrariedad para ella por ser un espacio que no le corresponde.

La forma aparentemente neutra con la que el Derecho Penal describe las conductas típicas (“el que”) también ha escondido a la mujer en el sistema criminal²⁵⁸, reduciendo su participación a su calidad de víctima de ciertos delitos²⁵⁹. A mayor abundamiento, en la dogmática penal es usual encontrar construcciones sobre la base del criterio del “hombre medio”²⁶⁰, v. gr. a propósito de los delitos culposos²⁶¹ o de algunos requisitos de eximentes, como el caso fortuito previsto en el Art. 10 N° 8 del Código Penal chileno²⁶². Finalmente, no es raro encontrar descripciones delictivas que, aunque descritas de forma neutra, se aplican exclusiva o fundamentalmente a mujeres, como es el caso del aborto²⁶³ y el hurto²⁶⁴.

258 Vid. LARRAURI, Elena, “La mujer ante el Derecho penal”, en *Revista de Ciencias Penales*, año 9, N° 11, julio de 1996. La versión electrónica puede encontrarse en: <http://www.cienciaspenales.org/revista11f.htm> y OLAVARRÍA A., José, CASAS B., Lidia; VALDÉS E., Teresa; VALDÉS S., Ximena; MOLINA G., Rodrigo, DA SILVA, Devanir y BENGUA V., Ana, *Evaluación de las concepciones de género de los/as defensores/as penales públicos*, Santiago, 2009, pp. 22-26.

259 FERREIRO BAAMONDE, Xulio, *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, pp. 33-35.

260 En todo caso, dejamos anotado que el concepto de “hombre medio” no es pacífico en la dogmática penal. Vid. la discusión y la bibliografía citada en CUERDA ARNAU, María Luisa, *El miedo insuperable: su delimitación frente al estado de necesidad*, Valencia, 1997, pp. 104-112 y BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “La imputabilidad en un Estado de Derecho. Su revisión crítica desde la teoría de las subculturas y la siquiatría alternativa”, en *Obras completas. Tomo II. Control social y otros estudios*, Lima, 2004, pp. 265 y ss.

261 Por todos, CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Santiago, 2005, pp. 334-336.

262 Por todos, NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, “Artículos 10 Nos 8 y 9”, en *Texto y comentario del Código Penal chileno. Tomo I. Libro primero – Parte general*, Santiago, 2003, p. 147.

263 V.V.A.A., Simposio Nacional Leyes para la Salud y la Vida de las Mujeres. Hablemos de Aborto Terapéutico, Santiago, 1993; CASAS BECERRA, Lidia, *Mujeres Procesadas por Aborto*, Santiago, 1996; V.V.A.A., *Encarceladas: leyes contra el aborto en Chile. Un análisis desde los derechos humanos*, Santiago, 1998; LAGOS LIRA, Claudia, *Aborto en Chile: el deber de parir*, Santiago, 2001; DIDES CASTILLO, Claudia, *Voces en emergencia: el discurso conservador y la píldora del día después*, Santiago, 2006; HERRERA RODRÍGUEZ, Susana, *El aborto inducido ¿víctimas o victimarias?*, Santiago, 2004; LLAJA VILLENA, Jeannette, *La penalización del aborto: lo que no se dice*, Santiago, 2005; y CASTILLO ARA, Alejandra, *Aborto e infanticidio: cómo sostener una adecuada defensa*, Santiago, 2010, en http://www.dpp.cl/Documentos/estandares/genero_defensa/Abortoeinfanticidio.pdf.

264 CASTELLETI FONT, Claudia y VIAL RECABARREN, Luis, “Hurto, género y persecución penal en Chile”, en *La semana jurídica*, N° 329, del 26 de febrero al 4 de marzo de 2007.

En definitiva, en estos ejemplos del sistema jurídico chileno, incluido el ámbito criminal, queda de manifiesto la patente vigencia de disposiciones y construcciones doctrinarias que se basan en el estereotipo de género clásico respecto de la mujer y la distribución sexual del trabajo, es decir, que su espacio propio es lo doméstico: su casa y el cuidado de los hijos y su familia²⁶⁵, olvidando que la mujer es, ante todo, una persona y por ello titular de derechos y obligaciones, independientemente de la decisión que tome respecto a la maternidad o al cuidado de los hijos.

LAS MUJERES Y SU ROL TRADICIONAL RESPECTO AL CUIDADO DE LOS HIJOS EN EL DERECHO PENAL

Se ha destacado que la comisión de delitos transcurre en un determinado orden social y de género específico, de manera que la estructura social condiciona los tipos de delitos, su frecuencia y distribución²⁶⁶. En ese sentido, en la cultura patriarcal tradicional, la labor del cuidado de los hijos corresponde esencialmente a la madre, por lo que el Código Civil chileno establece en su Art. 225 inc. 1° que, en caso de que los padres vivan separados, a la madre le corresponde el cuidado personal de los hijos.

Esta estructura tradicional también se presenta en el sistema penal, como es el caso del Art. 19 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (Decreto Supremo N° 518 del Ministerio de Justicia, de 21 de agosto de 1998) que sólo permite que en los centros de cumplimiento penitenciario femeninos existan espacios para que las mujeres puedan estar con sus hijos lactantes, vedándoles esta posibilidad a los hombres²⁶⁷.

265 CASTELLETTI FONT, Claudia, “La mujer privada de libertad en el sistema penal”, en Revista 93, N° 1, diciembre 2009, pp. 43 -47.

266 OLAVARRÍA A., José, CASAS B., Lidia; VALDÉS E., Teresa; VALDÉS S., Ximena; MOLINA G., Rodrigo, DA SILVA, Devanir y BENGEOA V., Ana, (n. 18), pp. 14-15.

267 Su texto es el siguiente:

“Art. 19. Los establecimientos penitenciarios destinados a la atención de mujeres se denominan Centros Penitenciarios Femeninos (C.P.F.) y en ellos existirán dependencias que contarán con espacios y condiciones adecuados para el cuidado y tratamiento pre y post-natal, así como para la atención de hijos lactantes de las internas.

En aquellos lugares en que no existan estos Centros, las internas permanecerán en dependencias separadas del resto de la población penal, sin perjuicio de que se incorporen a actividades conjuntas con la población penal masculina.

Toda vez que ingrese una interna con hijos lactantes, el Jefe del Establecimiento deberá comunicar de inmediato este hecho al Servicio Nacional de Menores para los efectos de la respectiva subvención y de los programas o medidas que dicha Institución deberá desarrollar para el adecuado cuidado de los niños.

En los establecimientos en que se ejecute un contrato de concesiones, se estará además a lo que éste establezca respecto del cuidado, residencia y atención al lactante”.

Pero no sólo se trata de disposiciones expresas de la legislación criminal las que mantienen los estereotipos tradicionales de género, pues los operadores del sistema también los aplican en sus decisiones. Esto ha quedado demostrado en estudios recientes encargados por la Defensoría Penal Pública chilena. Así, Casas et al. citan diversos estudios en los que se sostiene que los jueces tratan con mayor benevolencia a las mujeres porque asumen que sus responsabilidades familiares proporcionarán un control social informal en sus vidas y que consideran esencial el cuidado de las madres a sus hijos. Concluye que la mujer imputada, para beneficiarse en el sistema de justicia criminal debe encajarse en un modelo de conducta impuesto socialmente²⁶⁸.

A esa misma conclusión llegan Olavarría *et al.* en un estudio realizado también por encargo de la Defensoría. En él se da cuenta que las mujeres imputadas son tratadas como un “bien social” en cuanto a madres cuidadoras de hijos y no como personas en sí mismas, de manera que aquellas mujeres que se asemejan a una mujer que cumple sus roles tradicionales (“buenas mujeres”) son tratadas de forma más benevolente que aquéllas que no lo son (“malas mujeres”). Así, las características de ambas clases de mujeres serían²⁶⁹:

Mujer buena	Mujer mala
Madre	No madre
Sin antecedentes penales	Con antecedentes penales
Víctima	Victimaria
Familia ideal/nuclear	Familia real/disfuncional/desintegrada

En definitiva, el ideal patriarcal-mariano²⁷⁰ de la “buena mujer” se posiciona en las decisiones de los operadores del sistema, generando consecuencias positivas o negativas para las mujeres. El problema es que a las mujeres que no calzan en el ideario tradicional se les trata no por haber cometido un hecho determinado, sino por ser malas madres, es decir, por hacer un mal a la sociedad²⁷¹, lo que se acerca peligrosamente a un derecho penal de autor, tan criticado por la dogmática penal. Lo peor es que las mujeres que son

268 CASAS BECERRA, Lidia, CORDERO VEGA, Rodrigo, ESPINOZA MAVILA, Olga y OSORIO URZUA, Ximena, *Defensa de mujeres en el nuevo sistema procesal penal*, Santiago, 2005, pp. 29-31 y 47-49.

269 OLAVARRÍA A., José, CASAS B., Lidia; VALDÉS E., Teresa; VALDÉS S., Ximena; MOLINA G., Rodrigo, DA SILVA, Devanir y BENGEOA V., Ana, (n. 18), pp. 32-51 y 67-72.

270 Respecto a la influencia del ideario de los valores asociados a la Virgen María en la construcción del ideario sobre la mujer Vid. ANDERSON, Bonnie S. y ZINSER, Judith P., *Historia de las mujeres. Una historia propia*, Barcelona, 2009, pp. 240-242.

271 OLAVARRÍA A., José, CASAS B., Lidia; VALDÉS E., Teresa; VALDÉS S., Ximena; MOLINA G., Rodrigo, DA SILVA, Devanir y BENGEOA V., Ana, (n. 18), p. 70.

perseguidas por el sistema penal no suelen ser esas “buenas mujeres” que los operadores esperan que sean, de manera que no necesariamente son tratadas con la piedad que ellos mismos esperan tratarlas²⁷². Finalmente, es necesario destacar que ese constructo de la “buena mujer” sólo considera los valores culturales de la “mujer media chilena”, es decir, no incluye características culturales de personas pertenecientes a etnias.

Es por ello que cuando trasladamos esta construcción al delito de abandono de menores tipificado en los Arts. 346 a 351 del Código Penal chileno²⁷³, se observa que se trata de un delito cuya aplicación y persecución no es neutra, pues constata un orden social de género existente, que impone a las madres de manera preferente el cuidado de los hijos.

El primer lugar, desde un punto de vista histórico, es necesario hacer notar que la ubicación sistemática de la figura se encuentra en el título “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”, lo que da cuenta de la intención original del legislador penal, en cuanto a lo que se sanciona es la falta de cuidado que ciertos integrantes de la familia le deben procurar a los niños²⁷⁴. En otras palabras, lo que se castiga

272 Ídem, pp. 83-87.

273 Que establecen:

“Art. 346. El que abandonare en un lugar no solitario a un niño menor de siete años, será castigado con presidio menor en su grado mínimo.

Art. 347. Si el abandono se hiciere por los padres legítimos o ilegítimos o por personas que tuvieran al niño bajo su cuidado, la pena será presidio menor en su grado máximo, cuando el que lo abandona reside a menos de cinco kilómetros de un pueblo o lugar en que hubiere casa de expósitos, y presidio menor en su grado medio en los demás casos.

Art. 348. Si a consecuencia del abandono resultaren lesiones graves o la muerte del niño, se impondrá al que lo efectuare la pena de presidio mayor en su grado mínimo, cuando fuere alguna de las personas comprendidas en el artículo anterior, y la de presidio menor en su grado máximo en el caso contrario.

Lo dispuesto en este artículo y en los dos precedentes no se aplica al abandono hecho en casas de expósitos.

Art. 349. El que abandonare en un lugar solitario a un niño menor de diez años, será castigado con presidio menor en su grado medio.

Art. 350. La pena será presidio mayor en su grado mínimo cuando el que abandona es alguno de los relacionados en el artículo 347.

Art. 351. Si del abandono en un lugar solitario resultaren lesiones graves o la muerte del niño, se impondrá al que lo ejecuta la pena de presidio mayor en su grado medio, cuando fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo precedente, y la de presidio mayor en su grado mínimo en el caso contrario”.

274 Los penalistas chilenos critican la ubicación sistemática dada por el legislador penal, puesto que se trataría de un delito contra las personas. Así, Politoff/Matus/Ramírez señalan que el bien jurídico protegido por estas figuras penales es la vida y la salud de las personas, mientras que Garrido Montt, lo ubica en los delitos de peligro contra las personas. Vid. POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial, Santiago 2004, p. 157 y GARRIDO MONTT, Mario, Derecho penal. Tomo III. Parte especial, Santiago, 2005, p. 235.

es el abandono de quienes tienen a su cuidado a los niños²⁷⁵ y, si la legislación civil y penal les imponen esa carga a las mujeres de forma prioritaria, no es extraño que la persecución penal se dirija en contra de ellas. Por otro lado, si consideramos que los operadores del sistema criminal utilizan los estereotipos de género tradicionales de la sociedad patriarcal, tampoco es raro que a las mujeres que se apartan de las exigencias que esa sociedad les impone a las “buenas madres”, se les sancione de manera más grave.

Es por ello que tampoco resulta extraño que los ejemplos que se citan en los textos de derecho penal se refieran a casos en que la imputada por el delito de abandono de niños sea una mujer. Por ejemplo, Politoff/Matus/Ramírez²⁷⁶ citan tres casos en que no se configuraría el delito, dos de ellos en los que las madres dejan a sus hijos en las puertas de una casa y un hospital, respectivamente, se ocultan y no se van de su escondite hasta que otras personas recogen a los niños, y un tercero en el que la madre deja al niño abrigado y alimentado entre dos casas de un camino muy transitado²⁷⁷.

Finalmente, en el nuevo sistema procesal penal la tendencia de criminalizar por este delito preferentemente a las mujeres se mantiene. Así lo demuestran las cifras de los casos atendidos por la Defensoría Penal Pública.

Tabla N° 1. Ingresos por delito de abandono de niños por año y sexo del imputado/a autor

AÑO INGRESO	Femenino	Masculino	Total general
2001	2	0	2
2002	2	0	2
2003	3	0	3
2004	4	0	4
2005	5	2	7
2006	7	4	11
2007	5	0	5
2008	4	3	7
2009	5	6	11
2010	9	3	12
Total	46	18	64

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del SIGDP

275 GARRIDO MONTT, Mario, (n. 34), p. 238.

276 POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, (n. 34), p. 159.

277 Respecto de este último caso, Etcheberry tiene opinión en contra de la absolución a esta mujer, por tratarse de un abandono realizado en un lugar distinto a una casa de expósitos. Vid. ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho penal en la jurisprudencia*, Santiago, 1987, tomo IV, p. 449.

Como vemos, el delito de abandono de menores es, por un lado, un delito en cuya descripción se manifiesta el orden esperado para una “buena mujer chilena”, es decir, conforme a ciertos patrones culturales que la ubican como principal responsable del cuidado de los hijos y, por otro lado, en su aplicación y persecución se observa que los operadores tienden a criminalizarlas de manera preferente, por considerar que esa obligación les corresponde por el sólo hecho de ser mujeres.

EL IDEARIO DE LA “MUJER BUENA” (Y MADRE) Y EL ABANDONO DE MENORES EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL ORAL DE ARICA

Como hemos visto, el ideario de la mujer tradicional “buena madre” se encuentra presente en la legislación y también en la forma en que los operadores de justicia se enfrentan a aquellos casos en que se ponen en jaque –precisamente– los roles asignados tradicionalmente por el sexo de la persona juzgada. Entonces, si el Estado se encuentra obligado a realizar acciones destinadas a eliminar esos patrones culturales, tendremos que concluir, necesariamente, que el Estado debiera promover cambios legislativos y en la cultura jurídica de los operadores del sistema de justicia en la materia, so pena de responder por las consecuencias internas e internacionales que de ese incumplimiento se generen.

Estos prejuicios sobre el rol de la mujer fueron utilizados ampliamente por los fiscales del Ministerio Público y por el TOP de la ciudad de Arica en sus dos sentencias. Respecto de la primera de ellas²⁷⁸, de 15 de abril de 2010, el fiscal en su acusación y alegato de apertura hizo notar lo siguiente: “ el delito es de rara ocurrencia y menos que sea la propia madre la que abandone a su hijo. La acusada no cumplió con su deber de garante y colocó a su hijo en una situación de desamparo, al dejarlo en un lugar solitario. En el mes de julio de 2007 llegó a la estancia Caicone, con su hijo menor de edad, donde es visto por última vez con vida. Luego que desaparece todas las diligencias para buscarlos son dificultadas por su propia madre. Así el cadáver es hallado en diciembre de 2008 lo que explica la presentación de dos acusaciones. Acotó que se debe poner atención a cuatro puntos: el lugar donde se desarrollan los hechos, la conducta de la acusada, la calidad de la víctima y las circunstancias de su muerte. La defensa planteará que se está frente a un lamentable accidente, pero no es así, aquí hay un hecho doloso”²⁷⁹.

278 Este Tribunal estuvo integrado por tres jueces hombres.

279 Esta frase se extrae del considerando 4° de la sentencia del TOP de Arica RUC 0710014873-5 y RIT N° 221-2009, de 15 de abril de 2010. El destacado es nuestro.

Por su parte, el TOP usó los mencionados estereotipos de género en el noveno considerando de la sentencia de 15 de abril de 2010, cuando señala: “estos sentenciadores pueden dar por acreditada una conducta anómala para una madre, independiente de su origen étnico, puesto que los propios peritos de la defensa, el Sr. Alejandro Supanta Cayo y la Sra. Inés Flores Huanca al referirse a las diversas conductas que dentro de la comunidad son aceptables, en nada difiere en este punto con cualquier otra cultura, esto es, el cuidado que una madre debe brindar a sus hijos, y si bien es posible aceptar que la forma en que ancestralmente la comunidad se ha dedicado al pastoreo, permiten sostener que es algo cotidiano que los niños desde pequeños son enseñados en las labores de pastoreo, es la conducta errática de la acusada asumida desde el momento que se acerca a realizar su denuncia, la que no es congruente con su conducta posterior, especialmente la de cambiar lugares, involucrar a otras personas, designar evidencias que sabía falsas, incluso aceptar dar muerte a su hijo. Esta conducta a juicio de estos sentenciadores permite restarle toda verosimilitud a su versión de extravío...”²⁸⁰.

A mayor abundamiento, en la sentencia del TOP de Arica²⁸¹ de 11 de octubre de 2010, dictada como consecuencia de la declaración de nulidad de la primera sentencia por parte de la Corte de Apelaciones de Arica, se da cuenta de los mismos estereotipos utilizados por quienes están a cargo de actuar en el sistema de justicia. Así, el fiscal señaló en su alegato de apertura “‘mi hijo es como mi cuerpo, lo que le sucede a él, me sucede a mí’, indicando que esa es una frase aymara traducida, y ella muestra el sentimiento transcultural de una madre con su hijo. A continuación, agrega que la acusada llevó a su hijo a Caicone regresando a Alcérreca sin él, dando cuenta de la pérdida del niño 28 horas después, entregando una serie de datos que sólo tenían por objeto distraer a la policía, explica que había un conocimiento de la imputada respecto del peligro concreto; que ella generó la muerte del niño en las condiciones más duras; que acreditará la intencionalidad y el dolo de parte de la acusada. Recalcará que la muerte se produjo por el abandono en condiciones geográficas especiales; también acreditará el perfil de la acusada. Sabe que la defensa planteará que se trató de un hecho accidental en el desarrollo de las costumbres aymaras, entre las que no está el abandonar un hijo; que probará que no se trató de un accidente”²⁸².

280 Considerando 9° de la sentencia del TOP de Arica RUC 0710014873-5 y RIT N° 221-2009, de 15 de abril de 2010. El destacado es nuestro.

281 Este tribunal estuvo integrado por dos jueces hombres y una jueza mujer.

282 Considerando 4° de la sentencia del TOP de Arica RUC 0710014873-5 y RIT N° 221-2009, de 11 de octubre de 2010. El destacado es nuestro.

En la misma línea, el TOP en la citada sentencia de octubre al referirse a las consecuencias del “abandono”, establece: “Es ese el sentido de la carga de los niños en el aguayo; la protección, el cuidado por la prole, el mismo que tiene la tradición oral del cuidado la que Isabel Flores, una pastora relató, manifestando que su madre siempre le decía que los niños pegados con ella, porque había leyendas de niños perdidos, de esta forma de las madres a las hijas se les traspasa el conocimiento de los cuidados que se deben tener con los niños, este es el mismo sentido que tienen las leyendas de los niños perdidos (del duende que llora, que señaló Supanta y que corresponde a un niño perdido) estas leyendas corresponden a la cultura popular, por medio de la cual les enseña a los pastores y se les advierte de la existencia de peligros en esta actividad... en este contexto Gabriela pudo hipotéticamente representarse que si los animales quedaban atrás podían perderse o ser atacados por un animal feroz, pues bien, usando esta misma lógica estos magistrados no logran entender cómo Gabriela en su posición de garante, de madre indígena conocedora de los peligros no se representó que la pérdida o el ataque de un animal feroz podía acontecerle a su hijo, una criatura con menos herramientas que cualquier animal altiplánico frente al frío, al hambre, al ataque de los depredadores o a las inclemencias del clima. De esta forma, si el peligro que acechaba al animal al que fue a buscar Gabriela era el frío o la noche ninguno de estos peligros era mortal para un animal del altiplano, sí para Domingo a quien dejó abandonado cuando según ella optó por el animal; actitud que no cuadra con los usos y costumbres del pastoreo en el altiplano”²⁸³.

Si se observa con cuidado, en estos extractos el estereotipo sobre lo que se espera de una “buena mujer-madre” no sólo es usado por los operadores de justicia para atribuir responsabilidad a una persona, en cuanto parte de la prueba de unos de los elementos del delito imputado (el “abandono”), sino también para restarle verosimilitud a los dichos de la imputada, lo que intensifica la infracción al principio de igualdad.

También es posible observar en las sentencias una construcción de la posición de garante sobre la base de la obligación de Gabriela B.B. de comportarse como una “buena madre chilena”, olvidando que ella no participa de los patrones culturales “chilenos” por pertenecer a la etnia Aymara y, por otro lado, que la obligación del cuidado de los niños no debe estar impuesta preferentemente a las madres, sino que por igual a ambos padres.

Sobre esto último, hago notar que el padre del niño, Eloy G. C., participó como testigo en la investigación penal a pesar de no haberlo reconocido como hijo, ni menos haber contribuido a su manutención.

283 Considerando 11° de la sentencia del TOP de Arica RUC 0710014873-5 y RIT N° 221-2009, de 11 de octubre de 2010. El destacado es nuestro.

Excurso: ¿es legítimo y jurídicamente aceptable fundamentar una sentencia en un prejuicio de sexo?

Uno de los pilares de la estructura judicial es la obligación de la judicatura de fundamentar sus resoluciones²⁸⁴, pues constituye un elemento de los derechos al debido proceso y a la defensa jurídica²⁸⁵. Entre los fundamentos de esta exigencia se destaca el que se trata de la única forma de realizar un adecuado control sobre el razonamiento de los jueces²⁸⁶; permite lograr el convencimiento de las partes, al eliminar la sensación de arbitrariedad y la efectividad de los recursos; y pone de manifiesto la vinculación del juez a la ley.

Es por ello que el CPP chileno establece en los Arts. 297 y 342 que las sentencias deben ser fundadas tanto en los hechos como en el derecho, lo que se traduce en la exposición razonada que hace el juez de los razonamientos usados por éste para acoger una u otra postura de las partes, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, de manera que en caso de incumplimiento es posible interponer un recurso de nulidad en contra de ella, conforme lo preceptúa el Art. 374 letra e) del mismo Código²⁸⁷.

284 Aunque el inciso 5° del N° 3 del artículo 19 de la Constitución señala que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe *fundarse* en un proceso previo legalmente tramitado”, nuestra doctrina constitucional no ha incluido como significado de la palabra “fundarse” como una obligación de motivar sentencias.

En lo relativo a la tutela en tratados internacionales sobre derechos humanos, ver BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, José, *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1992, pp. 558-559 y, especialmente, nota 4 de la p. 559.

En relación al origen histórico de la exigencia de la motivación o fundamentación de las sentencias, Vid. BRAVO LIRA, Bernardino, “Bello y la judicatura. La codificación procesal”, en *Andrés Bello y el derecho*, Santiago, 1982, pp. 119-160 y “Los comienzos de la codificación en Chile: la codificación procesal”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N°9, 1983, pp. 191-210; HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, “Contribución al estudio del principio y de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° VII, 1982, pp. 131-173; y MERELLO ARECCO, Ítalo, “La ley mariana de fundamentación de sentencias frente a la clemencia judicial en materia penal”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° VIII, 1983, pp. 71-98.

285 Vid. CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, 1998, p. 341, nota 1106; BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, José, (n. 44), pp. 560-562; BERTOLINO, Pedro J., *El debido proceso penal*, La Plata, 1986, p. 127; y ÁBALOS, Raúl W., *Derecho procesal penal*, Santiago, 1993, T. III, p. 370.

286 Al respecto, Vid. lo señalado en el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados recaído en el proyecto de Código Procesal Penal: “*En el proyecto, el legislador deja plena libertad al juez y el control se realiza por el tribunal superior sobre la base de la fundamentación, que es muy estricta y que se lleva a cabo en la sentencia*”. En el mismo sentido el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado: “*...la obligación de fundamentación de la sentencia, que es el mecanismo de control interno de la sentencia, porque el tribunal deberá expresar claramente en el fallo los elementos que consideró para formar su convicción, los cuales, con la excepción de la prueba anticipada, solamente podrán basarse en pruebas rendidas durante la audiencia del juicio oral. Es decir, se consagraba la libertad para apreciar la prueba, pero justificándose su razonamiento, de manera de poder controlarla*”.

287 HORVITZ LENNON, María Inés, *Derecho Procesal Penal Chileno*, T. II, Santiago, 2004, pp. 332-336.

En consecuencia, si lo que se predica es que las discriminaciones por causa de género están prohibidas en el derecho chileno, no debería permitirse que los jueces puedan fundar una sentencia en premisas basadas en estereotipos patriarcales sobre los roles de hombres y mujeres en la sociedad, porque con ello no sólo se vulneran los derechos fundamentales de igualdad, debido proceso y a la defensa, sino también lo estatuido a propósito de la valoración de la prueba en el sistema penal.

CONCLUSIONES

La inclusión del enfoque de género en el Derecho es un imperativo, no sólo porque contribuye a satisfacer estándares de igualdad entre hombres y mujeres impuesto en la Constitución y en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sino también porque la participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz, tal como lo declara en su preámbulo la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas.

Incorporar el enfoque de género en el Derecho Penal implica que tanto jueces, fiscales y defensores debemos darnos cuenta de que en la construcción de los casos no estamos ajenos al mantenimiento de patrones culturales androcéntricos, tanto en sesgos encontrados en la legislación misma, como en la forma en la que entendemos el contenido normativo de los tipos penales, considerando a las mujeres más “reproductoras y guardadoras de la familia”, que como personas y titulares de derechos y obligaciones idénticas a aquellos que gozan los hombres.

El hecho de que las mujeres seamos las que soportamos el cuidado de los niños de manera preferente implica una gran desigualdad en la persecución del delito de abandono de menores. Esta concepción sobre los “deberes” de las mujeres respecto del cuidado de ciertas personas, hace que cuando estemos en presencia de aquellas mujeres que no han seguido ese patrón de conducta por la razón que sea, sean tratadas de manera más desfavorable que aquéllas que sí siguen ese modelo.

Finalmente, esta desigualdad estructural podría hacer aplicable al caso de las mujeres sancionadas por razón de género la teoría de imputabilidad de Bustos Ramírez, quien critica la opinión general sobre la materia por cuanto se basa en un entendimiento puramente individual de la imputabilidad y olvida los problemas de accesibilidad normativa de aquéllos que experimentan situaciones de marginalidad social o que, lisa y llanamente, no participan de la racionalidad hegemónica del Estado²⁸⁸, de manera que la colectividad no puede “exigir” al

288 Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1989, pp. 309 y ss.

individuo motivarse por las normas (modelo de inimputabilidad basado en la idea de inexigibilidad), existiendo incluso corresponsabilidad del Estado si no se proporcionaron los medios al sujeto para participar en los bienes sociales y en la internalización (comunicativa) de los valores hegemónicos²⁸⁹. Si es que es el Estado el que está obligado a generar condiciones de igualdad entre mujeres y hombres por el cuidado de los hijos y no ha generado las condiciones para que estas asimetrías desaparezcan, ¿está legitimado para imputarles un delito que se genera por las deudas que el Estado tiene con la igualdad de género?

289 HORWITZ LENNON, María Inés, "El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno", en *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2007*, Santiago, 2008.

LAS MUJERES QUE DEMANDAN PROTECCIÓN JUDICIAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN: EL CASO DE CONSTANZA LABRAÑA

Helena Olea Rodríguez

RESUMEN

A partir del recurso presentado por una estudiante no vidente que no puede tomar la prueba de selección universitaria y de la respuesta de los tribunales, se examinan desde la sociología jurídica los factores y el proceso de una recurrente de protección, incluyendo su reacción frente a un fallo adverso. El artículo examina también los argumentos esgrimidos y las potencialidades de considerar estos casos desde una visión de litigio emblemático y no sólo como situaciones individuales de discriminación.

INTRODUCCIÓN

Durante más de dos años, las organizaciones de la *Articulación Regional Feminista* hemos estado alimentado un observatorio de decisiones judiciales. Durante este tiempo, hemos revisado un número significativo de decisiones judiciales, analizando si y cómo se protegieron los derechos de las mujeres dentro del marco de la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*.

A partir del trabajo de análisis e investigación realizados es posible observar tendencias y patrones en torno a las protagonistas de estas decisiones judiciales: las mujeres que son condenadas, absueltas, víctimas, demandantes, o recurrentes de protección judicial, amparo o tutela.²⁹⁰ El propósito de este artículo es justamente centrarse en una de ellas. A partir de un caso que tuvo cobertura en los medios de comunicación, el artículo detalla: ¿quiénes buscan protección judicial cuando son discriminadas en Chile?; ¿qué las lleva a hacerlo?; ¿qué expectativas, recursos y apoyo tienen cuando acuden a los tribunales y cómo reciben las decisiones judiciales?

Para ello, nos enfocamos en el recurso de protección que presentó Constanza Labraña, una joven invidente que exige ser tratada como el resto de las y los estudiantes que terminan la educación media y así tener la oportunidad de rendir la prueba de selección universitaria, conocida como PSU. Ante la incapacidad de hacerlo porque no existe una prueba en *Sistema Braille* o la

290 Se trata del recurso constitucional que protege derechos fundamentales que en diversos países de la región tiene nombres diferentes.

posibilidad de hacerlo con una persona dispuesta por la entidad que administra la prueba que le leyera las preguntas y marcara las respuestas, Constanza acude a la administración de justicia para que proteja su derecho a la educación y a no ser discriminada.

El artículo describe el proceso personal y judicial de Constanza Labraña y, a partir de él, permite extraer algunas conclusiones relativas a las recurrentes de protección en Chile, y a la respuesta de la administración de justicia a quienes demandan protección por haber sido discriminadas. Asimismo, nos permite analizar la relación de los abogados y abogadas con sus representados, ya que en casos como éste se trata de causa con potencial de litigio emblemáticos o de interés público.

CONTEXTO

En Chile no existe una política estatal en materia de acceso a la educación universitaria para personas discapacitadas en general, o discapacitados visuales o invidentes en particular. El Estado no sabe cuántos alumnos y alumnas discapacitados egresan de la educación media y cuántos de ellos quisieran ingresar a la educación superior. Desconoce también cuántos ingresan y egresan de la educación superior.²⁹¹

Existe una mesa de trabajo en materia de educación superior para personas con discapacidades que está trabajando en una primera etapa de diagnóstico relativo al número de alumnos y alumnas, planteles y marco normativo para las personas con discapacidad. Se trabaja considerando discapacidad motora, auditiva y visual. El objeto de esa mesa de trabajo es elaborar y presentar una iniciativa legislativa para generar facilidades de acceso para las personas con discapacidad, generando a su vez un vínculo de trabajo con el Servicio Nacional de la Discapacidad, SENADIS.²⁹² El diagnóstico del Ministerio de Educación es que las barreras de acceso, permanencia y egreso de las personas con discapacidad en Chile solamente pueden derribarse a través del proceso legislativo. Esto en parte se explica en base al fundamento en la autonomía de las instituciones de educación superior.²⁹³

Las personas invidentes que logran ingresar a la educación superior deben hacerlo en aquellas instituciones y programas que no exigen la rendición de la PSU, puntaje de la PSU, o que de hacerlo dejan un número reducido de cupos

291 Entrevista Benito Antonio Barros Muñoz, de la División de Educación Superior del Ministerio de Educación, 12 de abril de 2011.

292 Ibid.

293 Ibid.

para admisión especial o que contemplan otros procedimientos *ad hoc*. Esta forma de admisión considera otros elementos y es el mecanismo que utilizan las personas que buscan ingresar a la educación superior sin rendir la PSU; por ejemplo, aquéllas que cursaron su educación media fuera del país. Es importante agregar que las universidades con mayor nivel académico exigen la rendición de la PSU y un determinado puntaje para ingresar a sus programas de estudio. Algunas excepcionalmente permiten acceso mediante procesos de admisión especial. El número de cupos disponibles para esta modalidad excepcional de ingreso a la educación superior es muy reducido y sus criterios no del todo transparentes.

De otra parte, es necesario considerar que la posibilidad de obtener becas, e incluso créditos educativos estatales, suele estar directamente relacionada con el puntaje en la PSU y la institución de educación superior en la que se estudia. Por lo tanto, las personas invidentes tienen menores posibilidades de ingreso a la educación superior que las personas videntes, ya que tienen menos oportunidades para sobrepasar las barreras económicas de acceso.

Recientemente, el gobierno hizo una prueba de PSU para discapacitados auditivos. 28 personas la rindieron. En entrevistas realizadas como parte de la investigación que dio origen a este artículo, funcionarios del Ministerio de Educación enfatizaron la importancia de vincular al Departamento de Evaluación, Medición y Registro de Educación de la Universidad de Chile en el proceso.²⁹⁴ Asimismo, el encargado del tema en el Ministerio de Educación reconoció que no existe una política pública para promover o incentivar que las instituciones de educación superior incluyan a personas con discapacidad. También estuvo de acuerdo con que en un sistema basado en la PSU, los alumnos y alumnas que no pueden rendirla enfrentan muchas más barreras para acceder al crédito y a otros programas estatales de becas que les permitan financiar su educación superior. Habría una excepción para las personas con discapacidad que es la Beca Juan Gómez Millas, la cual incluye dentro de sus requisitos pertenecer a los dos primeros quintiles de ingreso socioeconómico, haber obtenido un puntaje en la PSU igual o superior a 640 y contempla expresamente que en el caso de personas con discapacidad visual que no puedan rendir la PSU deben tener un promedio de notas de enseñanza media igual o superior a 5.0 y acreditar la discapacidad mediante certificado médico.

294 Según el sitio web del DEMRE, es el “organismo técnico de la Universidad de Chile responsable del desarrollo y construcción de instrumentos de evaluación y medición de las capacidades y habilidades de los egresados de la enseñanza media; la aplicación de dichos instrumentos y la realización de una selección inter universitaria a nivel nacional en forma objetiva, mecanizada, pública e informada. A su vez, es el organismo encargado de la administración del sistema de selección a la educación superior.” <http://www.demre.cl/demre.htm> (visitado Enero 15 de 2010).

Es preciso subrayar que la educación superior en Chile se ofrece en las universidades del Consejo de Rectores universidades privadas, institutos profesionales o centros de formación técnica. Buena parte de la educación superior que se imparte en el país se hace en establecimientos de formación técnica e institutos profesionales. Asimismo y como señaló el señor Barros Muñoz en su entrevista, solamente un porcentaje menor de las instituciones de educación superior exige la presentación o el puntaje en la PSU como criterio de admisión, éstas son 25 instituciones que representan el 14,5% del universo de estudiantes. Buena parte de la educación superior se ofrece en programas para los cuales resulta mucho más difícil obtener becas y acceso a crédito estatal, por lo que la posibilidad de financiarse estudios superiores depende del estudiante y su familia exclusivamente.

LA HISTORIA DE CONSTANZA

Constanza quedó invidente como resultado de un derrame cerebral que la dejó en estado de coma durante diez días.²⁹⁵ Tenía 17 años. Ella prefiere no hablar de ello. Constanza terminó cuarto medio en el complejo educacional Pedro Prado de Lo Prado. Era la única y la primera alumna invidente de ese colegio.²⁹⁶ Llevaba cinco años buscando oportunidades y formas para ingresar a la educación superior. En entrevista en la prensa en enero de 2010 había dicho “las personas no videntes estamos en desventaja respecto a los que sí ven, pero se puede revertir estudiando. Uno es normal, sólo que no ve, está a oscuras.”²⁹⁷ Esta entrevista la dio cuando el recurso de protección había sido admitido y ella esperaba el fallo. Agrega que su intención es lograr que se modifique el reglamento del Consejo de Rectores²⁹⁸ de manera que los no videntes totales puedan rendir la prueba.²⁹⁹

Al ser entrevistada como parte de la investigación que dio origen a este artículo, Constanza señaló que sabía que había ingresos especiales, pero que le dijeron que era muy difícil entrar a la universidad así. “Yo quería presentar la PSU en Braille o mediante una persona que me leyera las preguntas y marcara las respuestas, incluso una persona del mismo Estado, del Ministerio, como yo rendía las pruebas en cuarto medio. Dado que quedé invidente hace pocos años, mi velocidad de lectura en braille no es tan rápida, yo prefería lo segundo.”³⁰⁰

295 Emol. Joven no vidente fue becada por universidad para estudiar derecho, 29 de noviembre de 2009.

296 Entrevista Constanza Labraña 20 de abril de 2011.

297 Emol. Piden terminar con la discriminación a no videntes que desean rendir la PSU, 3 de enero de 2010.

298 Máxima instancia de la educación superior.

299 Emol. Piden terminar con la discriminación a no videntes que desean rendir la PSU, Ibid.

300 Entrevista Constanza Labraña, op.cit.

A continuación Constanza narra su experiencia de lograr acceder a un funcionario público que escuchara su demanda. “Mi mamá estaba haciendo un curso para jefas de hogar, en el CEDEMU. Yo la estaba esperando y me dijeron que ahí estaba el alcalde, y aproveché para reclamarle, le dije que nunca me atendía. Yo había ido a buscarlo a la municipalidad, y me había atendido otra persona. Le dije que yo había hecho las cosas como se debían hacer, había pedido audiencia, me decían que para otro día. Y él me dijo, no tienes que pedir audiencia, anda a verme mañana a las 8:30.”³⁰¹ Agrega que ella piensa que el hecho de haberle reclamado en público fue efectivo porque al alcalde ella le pareció simpática, y eso generó interés en ayudarla.

“Yo fui al día siguiente, y él me dijo que le había caído muy bien. Yo sé que la gente me miraba, como yo reclamaba. En su oficina, estaban dos personas, jóvenes que trabajan en la oficina de la juventud, Daniela y Gustavo Astorga; él sigue trabajando allí. Ellos me ayudaron a hacer una carta para la Ministra de Educación para rendir la PSU de forma oral, o sea con un tutor. Yo tenía que esperar la respuesta y me llegó como al mes siguiente. La Ministra dijo que no se podía porque no estaban “las estructuras”, no estaban “las opciones”. Me dijo que no se podía, que mejor postulara por ingreso especial.”³⁰²

“Volví a la municipalidad, se la mostré a Gustavo y él me dijo: vamos a hacer otra cosa. Se la mostramos al alcalde y él me dio la opción de presentar un recurso de protección con los abogados de la municipalidad. Y eso fue.”³⁰³ Así es como Constanza narra el proceso que la lleva a acudir a un recurso de protección como estrategia para ingresar a la universidad. Ella no tenía el conocimiento, los medios, porque no podía pagarse un abogado, y no sabía adónde acudir para que la asesoraran legalmente sobre posibilidades y estrategias para reclamar judicialmente la protección de su derecho a la educación y a no ser discriminada.

Al preguntarle por su preferencia por acudir a la autoridad municipal sobre otras personas que suelen intervenir en este tipo de casos, señala: “Nunca pensé en hablar con senadores o diputados, porque como había mandado una carta a la ministra y ella es la máxima autoridad en educación. Para mí no era relevante hablar con senadores o diputados.” Esto resulta interesante porque aunque el diagnóstico ministerial, presentado anteriormente se centra en un vacío legal, para las personas discapacitadas la solución a su demanda no pasa por el Congreso. Se constata una vez más la disonancia entre el diagnóstico de la administración y de los administrados sobre la dificultad existente y las vías para resolverla.

301 Ibid.

302 Ibid.

303 Ibid.

“Si el alcalde no me hubiera oído, yo lo hubiera hecho igual. Yo siempre he sido así. Cuando tuve problemas en el Liceo, siempre reclamé, incluso antes cuando veía. Yo reclamaba mucho mis derechos, mis derechos como alumna. Hubiera ido ante el Alcalde, ante quien tuviera que ir. Hubiera intentado hablar con la máxima autoridad. Siempre he sido así.”³⁰⁴

Al preguntarle por su conocimiento de las decisiones judiciales en su caso, los argumentos esgrimidos para negarle la protección judicial de sus derechos solicitados, ésta es su respuesta. “A mí me leyeron una sentencia. Una de las sentencias me la leyó el abogado que se llama Oscar Lantadilla. El me dijo que se había declarado admisible el recurso de protección. Eso fue lo único que me leyeron.” A Constanza nunca le leyeron las sentencias de primera y segunda instancias, que le negaron y confirmaron esa decisión. Sin embargo, ella sabe que la decisión fue adversa a su solicitud. A lo cual dice Constanza, “Yo voy a cumplir seis años ciega. Lo encuentro súper injusto porque no están las opciones, no te dan la oportunidad. Yo ví toda mi vida, pero ¿y cómo será para quienes nunca vieron?”

El 29 de noviembre de 2009, el alcalde de Cerro Navia junto con el rector de la Universidad Iberoamericana informaron a Constanza que le habían otorgado una beca completa para estudiar derecho. Actualmente está cursando su segundo año de derecho en dicha universidad. El rector aprovechó el anuncio de la beca para anunciar que la Universidad Iberoamericana había desarrollado un nuevo programa de estudios que incluye la integración de los alumnos no videntes a partir de una nueva metodología educativa. Anteriormente, la universidad había becado a otra alumna invidente, Constanza Retamal para estudiar kinesiología.³⁰⁵ Constanza dice que la beca se la consiguió el alcalde de Cerro Navia, junto con un señor que trabajó en la municipalidad y que tiene contactos en la Universidad Iberoamericana, que se llama Oswaldo Silva.³⁰⁶

“Si yo volviera a tener problemas, volvería a presentar un recurso de protección. Lo encuentro súper injusto. Si estuviera en situación de discriminación, lo haría. Yo ahora estoy postulando a una escuela de perros guía. Y es increíble cómo no hay opciones.” Constanza describe la discriminación y las trabas existentes para las personas no videntes para acceder y movilizarse en el transporte público con un perro guía.

Constanza estudia con un computador que tiene un programa especial que le lee los mensajes que recibe y los apuntes de clase. El computador lo consiguió a través de un programa estatal. Adicionalmente, Constanza recibe la suma de

304 Ibid.

305 Emol. Joven no vidente fue becada por universidad para estudiar derecho, Ibid.

306 Entrevista Constanza Labraña, Op.cit.

\$75,000 (US\$150) mensuales por concepto de una pensión de invalidez. En sus esfuerzos por conseguir recursos para pagarse la universidad, narra que incluso le escribió una carta a Leonardo Farkas,³⁰⁷ pidiéndole trabajo. Nunca le contestó.³⁰⁸

Cuando el recurso se encontraba pendiente, Luis Riveros, ex rector de la Universidad de Chile y presidente de Akredita³⁰⁹ se reunió con Constanza y los medios de comunicación. Sus declaraciones a la prensa respaldaron la petición de protección judicial de Constanza. Riveros indicó: “No podemos seguir poniendo una rejilla que impida a estas personas llegar al sistema universitario. No hay ninguna razón para que un no vidente no pueda ser médico, kinesiólogo o abogado” y agregó: “Más allá del Consejo de Rectores, es un tema de país. Sería una buena señal del Chile del Bicentenario que ningún niño sea discriminado aquí, menos aún por ser no vidente.”³¹⁰

Resulta interesante observar los eufemismos que se utilizan en este caso, en este sentido, se reconoce que existe una barrera de entrada para los no videntes, no que se les discrimina. Para el ex Rector Riveros la negativa a considerar opciones para los no videntes es el reflejo del rechazo a la innovación: “No pedimos que las universidades estén preparadas de antemano para estos casos, pero si que vayan adaptando paulatinamente. Pero en Chile tenemos miedo a cambiar el sistema académico, somos un país poco innovador, no propenso a crear cosas nuevas.”³¹¹

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 9 de marzo de 2010, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso presentado por Constanza Labraña contra la Ministra de Educación en su calidad de Presidenta del Consejo de Rectores³¹²

307 Acaudalado empresario chileno.

308 Emol. Joven no vidente fue becada por universidad para estudiar derecho, 29 de noviembre de 2009.

309 Agencia acreditadora de la educación superior.

310 Emol. Piden terminar con la discriminación a no videntes que desean rendir la PSU, Ibid.

311 Emol. Piden terminar con la discriminación a no videntes que desean rendir la PSU, Ibid.

312 El Consejo de Rectores es el “organismo que agrupa a las veinticinco universidades públicas tradicionales más prestigiosas del país”, de acuerdo a su sitio web. “La misión del Consejo de Rectores ha sido la coordinación a nivel nacional de la actividad académica de las veinticinco universidades que lo conforman, velando por la calidad y excelencia académica de las mismas mediante la generación de políticas universitarias y públicas, definiendo lineamientos de la formación de pre y postgrado, la investigación científica, humanística y tecnológica de excelencia, y actividades sostenidas de extensión y apoyo al mundo cultural de la nación, con permanente respeto por la autonomía y la naturaleza particular de cada una de sus instituciones miembros. Asimismo, las universidades del Consejo de Rectores han desarrollado redes inter-universitarias para crear equipos multidisciplinarios, integran redes internacionales para la promoción e

a partir del siguiente razonamiento. La recurrente señala que envió una carta a la ministra solicitando su autorización para rendir la PSU en calidad de alumna no vidente; que no ha recibido respuesta; que en el año 2008 ocurrió la misma situación; que ella expuso su caso al DEMRE donde le informaron que las personas no videntes son las únicas inhabilitadas para rendir la PSU, porque aunque se les lean las preguntas, no podrían representarles los elementos visuales que aparecen en varias pruebas; que la respuesta es ilegal y arbitraria ya que la excluyen del proceso de selección por padecer una discapacidad visual.

Arguye la peticionaria que la actuación de la Ministra constituye un acto arbitrario e ilegal que “priva, perturba o amenaza” su derecho a la igualdad ante la ley (artículo 19, No. 2 de la Constitución Política).

La recurrida argumentó que el recurso es improcedente porque se dirige contra quien carece de legitimación pasiva. Explica que el Consejo de Rectores es un órgano con atribuciones de promoción y coordinación, pero sin competencia para diseñar e implementar políticas públicas en materia de educación superior. El Consejo de Rectores no tiene facultades para imponer un sistema único y específico de selección. Con respecto al fondo de recurso, agrega la ministra que éste no cumple con los requisitos del artículo 20 de la Constitución, ya que no existen actos u omisiones del Consejo de Rectores ilegales o arbitrarios, menos aún que perturben o amenacen derechos constitucionales. Agrega que no se perturba o amenaza la igualdad ante la ley, ya que varias universidades públicas y privadas cuentan con sistemas especiales de ingreso a partir de diversas consideraciones, uno de los cuales es el ingreso de alumnos no videntes, a quienes no se les exige haber rendido la PSU. Subraya, además, que las personas no videntes gozan de una discriminación positiva ya que “pueden ingresar a la universidad por vías más favorables que las establecidas.”³¹³ Por último, indica que la recurrente fue beneficiada por el sistema, ya que recibió una beca de la Universidad Iberoamericana para cursar la carrera de Derecho.

intercambio del capital cultural de los distintos países, y han concretado importantes acuerdos con sus homólogos extranjeros que favorecen la movilidad académico-estudiantil y la competitividad de los títulos y grados obtenidos en nuestras universidades, contribuyendo así a propiciar una efectiva y real inserción en el mundo globalizado. El Consejo de Rectores constituye un referente en el desarrollo y configuración del sistema de educación superior chileno actual, de reconocido liderazgo y legitimidad a nivel nacional, con objetivos comunes que orienten el dinámico quehacer de las universidades chilenas, a fin de generar los recursos humanos altamente calificados que el país requiere.” Sitio web <http://www.cruch.cl/cruch.html> (visitado marzo 15, 2011).

313 Sentencia, Corte de Apelaciones, Recurso No. 587-2009, 9 de marzo de 2010, considerando quinto, párrafo tercero.

A partir de los argumentos enunciados, la Corte de Apelaciones estima que las cuestiones jurídicas son ¿carece la recurrida de legitimación pasiva?; ¿hay un acto ilegal y arbitrario?; y ¿afecta el acto las garantías constitucionales de la recurrente?

Con respecto a la legitimidad pasiva, encuentra que el artículo 13 del DFL No. 2 de 1985 del Ministerio de Educación –la cual contiene el Estatuto Orgánico del Consejo de Rectores- establece que éste no puede menoscabar o supeditar la autonomía e independencia de las universidades que lo integran, y que sus decisiones son sólo recomendaciones y no son obligatorias para las entidades a las que se dirigen. De lo anterior, concluye la Corte de Apelaciones que la recurrida no podría ordenar o permitir que la recurrente rinda la prueba de selección universitaria, ya que no tiene competencias en esa materia. La imposibilidad para la recurrida de rendir la PSU no es consecuencia de un acto de la recurrida, por lo que debe desestimarse el recurso.

Agrega la Corte de Apelaciones que el acto presuntamente arbitrario o ilegal sería no haber dado respuesta a la carta de la recurrente. Esa situación, como lo sostiene la recurrida, podría encuadrarse dentro del derecho de petición, artículo 19 No. 14 de la Constitución, la cual no es objeto del recurso de protección, por lo que también corresponde rechazar el recurso.³¹⁴

Concluye afirmando que la recurrente no presentó información para confirmar que se está ante un acto arbitrario o ilegal que vulnere los derechos establecidos en los artículos 19 y 20 de la Constitución, por lo que se rechaza el recurso.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Corte Suprema confirmó la sentencia apelada el 27 de julio de 2010, eliminando el considerando noveno relativo al derecho de petición y agregó otros argumentos que se exponen a continuación.

Indica que el fin último de la recurrente es rendir la prueba de selección universitaria, de manera que pueda ingresar por la vía ordinaria a la educación superior. Puntualiza la Corte Suprema que “la igualdad obliga a que todas las personas sean tratadas del mismo modo, y que un trato diferenciado es concebible únicamente a resultados de razones valederas, porque de no existir éstas o ser inaceptables las que sean entregadas, se está en presencia de discriminación”³¹⁵.

314 Ibid, considerando noveno.

315 Sentencia, Corte Suprema, Recurso No. 2930 – 2010, 27 de julio de 2010, considerando tercero.

Continúa argumentado que la PSU tiene preguntas dirigidas a videntes, tanto en las pruebas obligatorias como en las electivas, que responden a fundamentos técnicos. Agrega que las universidades públicas y privadas tienen sistemas especiales de ingreso amparados en diversas consideraciones que incluyen “la carencia del sentido de la vista”³¹⁶.

Por lo anterior, la Corte no advierte arbitrariedad, coincide con el planteamiento del Consejo de Rectores en torno a la imposibilidad material de adecuar la prueba. Puntualiza que la inexistencia de un formato para no videntes de PSU “no constituye un impedimento real al acceso a los estudios superiores”³¹⁷, como argumenta la recurrente. Por último, la Corte Suprema agrega que la peticionaria recibió una beca de la Universidad Iberoamericana”. Confirma la sentencia redactada por el Ministro Brito, de la Tercera Sala.

REFLEXIONES

Un primer punto a considerar son las motivaciones de una mujer que se considera discriminada de buscar una solución a la situación con el apoyo del alcalde de su comuna, la cual le ofrece asesoría legal para la presentación de un recurso de protección. Ésta es una actitud loable, que refleja de una parte confianza en las instituciones y el Estado de Derecho, poniendo el acento en la responsabilidad del Estado de responder a esta demanda de no discriminación.

El test o examen de discriminación

La respuesta estatal es insatisfactoria. La Corte de Apelaciones y la Corte Suprema aceptan como válida la premisa de las preguntas en un formato que exigen que quien las responda sea vidente. En nuestra opinión, esta premisa es insatisfactoria. ¿No habría otras formas de preguntar por los mismos conocimientos acudiendo a formatos de preguntas diferentes? ¿Cuál es el fundamento científico de esa premisa, o se trata más bien de la renuencia a modificar los cuestionarios y a hacer esfuerzos para integrar a las personas no videntes?

Si los tribunales se hubieran cuestionado esa premisa habrían podido considerar si estaban en presencia o no de una discriminación. Al aceptar el formato de preguntas como el único posible, justifican el tratamiento diferenciado, y por lo tanto no sería una discriminación. En este punto es relevante preguntarse, ¿cómo evalúan los establecimientos de educación básica, media y superior que incluyen a alumnos no videntes en sus aulas? Estos establecimientos hacen

316 Ibid, considerando cuarto, segundo párrafo.

317 Ibid, considerando sexto.

esfuerzos para incluir a los alumnos y alumnas discapacitados visuales, ya sea haciendo pruebas que no tengan preguntas en un formato que no puedan responder, o hacer pruebas diferenciadas. ¿Por qué no puede hacerse esto para la PSU?

Al considerar situaciones de discriminación los tribunales deben evaluar la razón dada para un tratamiento diferenciado y evaluar si la distinción es objetiva y razonable. No basta cualquier razón que ofrece una autoridad, el papel del juez es evaluar la distinción. Aún más, en algunos sistemas jurídicos se han establecido categorías sospechosas en las que no aceptan diferenciaciones y corresponde al Estado justificar los fundamentos de un trato diferenciado. La jurisprudencia chilena debiera avanzar en esta dirección y desarrollar su propio test o examen de discriminación.

Cuándo cesa la violación

Tanto la Corte de Apelaciones de Santiago como la Corte Suprema agregan, entre los elementos para rechazar el recurso de protección que Constanza recibió una beca de la Universidad Iberoamericana. Éste es un argumento que no se relaciona de manera directa con la violación de derechos por las cuales se recurre de protección. Constanza Labraña solicitó que se le permita rendir la PSU, no que se realicen gestiones para su ingreso por admisión especial. Los tribunales debieron considerar esta diferencia y omitir la referencia a la beca ofrecida.

Llama la atención que no es éste el primer caso en el que una recurrente de protección logra a través de cobertura mediática de la presentación de un recurso de protección, que un organismo privado le ofrezca una solución a su situación. Posteriormente, los tribunales consideran la solución ofrecida como uno de los fundamentos para rechazar el recurso de protección. Así le ocurrió a Virginia Marcell.³¹⁸

Resulta paradójico que la exposición mediática que genera un caso repercute de manera adversa en la decisión judicial del mismo. La solución particular a la situación de la peticionaria, como lo fue en este caso la beca para Constanza Labraña, resuelve su situación puntual, pero no responde a la demanda de discriminación. Este caso tenía la potencialidad de examinar la situación y terminar con la discriminación contra las personas no invidentes para tomar la PSU, y no lo fue.

318 Helena Olea Rodríguez, El Derecho a la Salud de las Mujeres Enfermas de Cáncer en Chile, en *Derechos de las Mujeres y Discurso Jurídico*, Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2009, Santiago, 2011.

De demandas individuales de protección contra la discriminación a litigios emblemáticos

Por último, este caso pone de presente que las demandas de justicia por casos puntuales de discriminación contra las mujeres, tendrían la potencialidad de convertirse en litigios emblemáticos. No obstante, ello no ocurre en la práctica por varias razones que consideramos debieran examinarse.

De una parte, en el contexto chileno, las víctimas acuden a congresistas y alcaldes frente a las situaciones de discriminación y éstos les ofrecen asesoría jurídica para resolver el conflicto puntual; logran cobertura mediática, pero entienden su objetivo como la resolución del caso específico. Por ello, cuando aparecen órganos privados dispuestos a ofrecer la prestación negada por el Estado, desde su visión, el caso se resolvió. No obstante, si se analizan y consideran estos casos como litigios emblemáticos, el acento se pondría en la respuesta jurídica y en presentar nuevos recursos o intentar estrategias jurídicas complementarias o diferentes para resolver esa situación o la de otras personas que se encuentran en condiciones similares.

CONCLUSIÓN

Las mujeres víctimas de discriminación que están dispuestas a presentar recursos y a exponerse mediáticamente para lograr la protección de sus derechos merecen un reconocimiento. Este artículo es un modesto testimonio de la importancia de su papel en la sociedad chilena y para la administración de justicia.

Los tribunales deben desarrollar su papel de garantes del derecho a la protección judicial y de los demás derechos fundamentales a través de decisiones judiciales que ponderen adecuadamente derechos y que elaboren tests o exámenes de discriminación en los que se analice cuidadosamente la racionalidad y proporcionalidad de una distinción. Las decisiones judiciales debieran tender hacia establecer categorías sospechosas en las que son admisibles las distinciones de trato, y que quien las hace tiene la carga de justificarlas.

Por último, una mirada estratégica desde una visión de litigio emblemático tendría repercusiones generales para situaciones de discriminación. Los diputados y senadores, los alcaldes y los operadores jurídicos debieran evaluar esta opción, considerando el impacto generalizado que su acción podría tener en la protección de derechos.

APENDICE

EXTRACTOS DE SENTENCIAS

El Observatorio de Sentencias Judiciales reúne las decisiones de los tribunales de justicia de seis países de América Latina vinculadas con la protección y promoción de los derechos de las mujeres.

A continuación, se reproducen extractos de algunas de las sentencias más significativas de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, cuyos textos completos se encuentran disponibles en la página de Internet del Observatorio: www.articulacionfeminista.org :

TEMA	CASO	CITA EN EL OBSERVATORIO	PAÍS
Violencia contra las mujeres	Ortega, René Vicente s/ recurso de casación	OSJ Fallo 1234	Argentina
	Virzi, Víctor José p.s.a. abuso sexual agravado, etc. –Recurso de Casación	OSJ Fallo 1411	Argentina
	RIT C 1121-2010	OSJ Fallo 1053	Chile
	Registro N° 8243-2010 Lima	OSJ Fallo 969	Perú
	Sentencia C- 776 de 2010 MP: Jorge Iván Palacio Palacio	OSJ Fallo 1283	Colombia
Participación y acceso a lugares de decisión	Zigarán, María Inés, Sandoval, Patricia y otros c/ Estado Provincial s/ amparo	OSJ Fallo 788	Argentina
Derechos sexuales y reproductivos	F., A. L. s/ medida autosatisfactiva	OSJ Fallo 498	Argentina
	Sentencia C- 625/10 MP: Nilson Pinilla Pinilla	OSJ Fallo 1087	Colombia
	Sentencia T- 585 de 2010 MP: Humberto Antonio Sierra Porto	OSJ 1284	Colombia
Trabajo productivo y reproductivo	Muñoz Huenunqueo/ Saavedra Rojas	OSJ Fallo 1211	Chile
	Sentencia T-629/10 MP: Juan Carlos Henao Pérez	OSJ Fallo 1047	Colombia
	Sala de Casación Penal MP: Julio Enrique Socha Salamanca N° Radicado: 47752	OSJ Fallo 967	Colombia
Familias, identidad y desarrollo de la libre personalidad	F-2556-2010	OSJ Fallo 1054	Chile
	Sentencia T 051/10 MP Mauricio González Cuervo	OSJ Fallo 1433	Colombia
	Juez de Azuay solicita consulta de inconstitucionalidad de normas	OSJ Fallo 1111	Ecuador
Salud	Sentencia T 614/10 MP Luis Ernesto Vargas Silva	OSJ Fallo 1431	Colombia
Educación	Inconstitucionalidad Acuerdos Ministeriales sobre abanderados y abanderadas en la Educación Básica y Media	OSJ Fallo 1479	Ecuador

País	Argentina
Caso	Ortega, René Vicente s/ recurso de casación
Tribunal	Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II
Fecha	07/12/2010
Tema	Violencia contra las mujeres
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1234

La noche del 18 de abril de 2009, en la estación Once del Ferrocarril Sarmiento de la Ciudad de Buenos Aires, en momentos en los que C. L. S., se encontraba caminando por el andén, el imputado se acercó a ella y le tocó los pechos por sobre su ropa. C.L.S. dio aviso al personal policial que se encontraba en el lugar, quienes procedieron a la detención del imputado.

En el curso del proceso, la Defensa Pública Oficial solicitó la suspensión del juicio a prueba y el fiscal de la causa accedió a dicho pedido. En primera instancia, el Tribunal resolvió no hacer lugar a la pretensión de suspender el proceso, razón por la cual la defensa interpuso recuso de casación.

La Cámara confirmó al decisión del Tribunal de primera instancia, argumentando: “... el pronunciamiento fiscal está sujeto al control de legalidad básico que es parte de la competencia de la jurisdicción respecto de los actos que se desenvuelven en las causas que tramitan ante sus estrados ... la suspensión del juicio a prueba supone la limitación de la persecución penal que se encuentra en cabeza del Ministerio Público Fiscal ... si bien es cierto que en el caso bajo estudio ha mediado consentimiento fiscal, también lo es que los sucesos aquí imputados constituyen hechos de violencia especialmente dirigidos contra la mujer. En tal sentido cabe recordar que de acuerdo con la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belém Do Pará, esa violencia se concreta a través de ... cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (art. 1) ... En tanto la suspensión del juicio a prueba obsta a la efectiva dilucidación o persecución de hechos que constituirían un delito -impunidad-, ese instituto debe ser considerado en relación con las obligaciones asumidas respecto de la concreta respuesta penal frente a sucesos como los que conforman el objeto de requerimiento fiscal ... En tal inteligencia, y siendo que la República Argentina aprobó esa Convención a través de la ley 24.632, el consentimiento fiscal para la suspensión del juicio a prueba debe ser ponderado por la instancia jurisdiccional en relación con las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar hechos como los aquí considerados, pues estos aspectos hacen al compromiso asumido por el

Estado al aprobarla. En ese marco la opinión fiscal favorable a la suspensión del juicio a prueba entra en colisión manifiesta con las obligaciones asumidas por el Estado argentino. En consecuencia, existe un óbice formal de naturaleza legal que impide al Ministerio Público disponer de la persecución penal ... el consentimiento brindado por el Ministerio Público ha de ser ponderado concretamente en su legalidad de cara a las exigencias de la Convención de Belém Do Pará que trascienden las referencias al modo en que podría cumplirse la supuesta sanción a recaer, la reparación económica y las tareas comunitarias ofrecidas por Ortega, calificando el suceso como de bagatela o habitual. En virtud de todo ello, el impedimento legal antes aludido quita toda eficacia al consentimiento fiscal y legitima la denegatoria del tribunal”.

Esta sentencia trata adecuadamente la extensión de la obligación del Estado de investigar los casos de violencia contra las mujeres, de acuerdo con las obligaciones internacionalmente contraídas.

País	Argentina
Caso	Virzi, Víctor José p.s.a. abuso sexual agravado, etc. –Recurso de Casación
Tribunal	Superior Tribunal de Justicia de Córdoba
Fecha	19/10/2010
Tema	Violencia contra las mujeres
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1411

El Sr. Virzi es condenado por la violencia sexual ejercida contra sus hijastras, ambas menores de edad. El Tribunal abunda en sus fundamentos sobre las condiciones de violencia intrafamiliar en que se desarrollaba la actividad delictiva del imputado, y expresa que: “Una vez más, nos encontramos frente a una persona, el imputado, que en una verdadera actitud de desprecio por los derechos de sus víctimas, sus hijastras, su esposa y su actual pareja (estas dos últimas en hechos que han merecido condena), hace valer su superioridad masculina, ya sea por su fuerza y/o por su carácter de proveedor de los dineros necesarios para su subsistencia. Estas conductas encuadran no solamente en el marco delictivo previsto por las normas penales, sino en el más amplio de los derechos humanos de las víctimas protegidas por normas supranacionales y que el Estado Argentino ha asumido la obligación de garantizar (Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, incorporada al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ratificada por Ley 24.632; ley 26.485)”.

Por otra parte, el Tribunal enmarca la violencia de género como un flagelo extendido en la sociedad que no conoce fronteras de nivel educativo ya que uno de los motivos por el cual el imputado recurre la sentencia ante el Tribunal Superior es porque no se ha valorado su escasa educación como circunstancia atenuante de la pena, frente a lo cual el Tribunal Superior sostiene que “el paradigma internacionalizado de superioridad masculina sobre la mujer, actuando como dueño de la misma, supera pautas educativas y se nutre de influencias culturales, no obstante obrar con plena conciencia de la antijuridicidad de su accionar, lo que se refleja en la negativa de sus acciones y en el vilipendio de su víctima, la mujer. El mayor o menor grado educativo puede hacer variar la importancia de la agravante, pero nunca jugar como un atenuante en este marco de violencia de género”.

Esta sentencia establece de un modo adecuado la problemática de la violencia contra las mujeres.

País	Argentina
Caso	Zigarán, María Inés, Sandoval, Patricia y otros c/ Estado Provincial s/ amparo
Tribunal	Tribunal en lo Contencioso Administrativo de Jujuy
Fecha	27/05/2010
Tema	Participación y acceso a espacios de decisión
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 788

En la provincia de Jujuy, un grupo de mujeres y varones promueve una acción de amparo tendiente a que se condene a los poderes públicos de la Provincia a arbitrar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos a una igualitaria participación de las mujeres en los cargos electivos en todo el territorio provincial, estableciendo en las normas que rigen el proceso electoral el sistema denominado de cupos o cuotas.

El tribunal hace lugar a la acción de amparo y resuelve “condenar al Poder Ejecutivo y Legislativo de la provincia para que den cumplimiento con el mandato constitucional del art. 37 último párrafo, y disposición transitoria segunda de la Constitución de la Nación, sancionando y promulgando la ley reglamentaria allí prevista, en el plazo de tres meses, bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias”.

El tribunal sostuvo que: “... no obstante los diversos proyectos presentados en el seno de la Legislatura Provincial, los mismos no han sido tratados remitiéndose las actuaciones al archivo y por lo tanto no han tenido la consagración legislativa que establecen la Convención Sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer, ratificada por Ley 23.179 en el año 1985 y consagrado también en nuestra Constitución Nacional en el año 1994 (arts. 37 y 75 inc. 22 y 23), cual es el establecimiento de normas positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres”, constituyendo, por tanto, una omisión del Poder Legislativo. En este sentido, el Tribunal señaló que la cláusula constitucional que establece que la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas, “no ofrece alternativa alguna al poder legislador, razón por la que en este caso no le cabe más que subordinarse el cumplimiento de su cometido constitucional”.

El caso fue apelado por la Provincia de Jujuy y el fallo fue revocado por el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy. En la actualidad, hay un recurso de apelación pendiente de resolución ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

País	Argentina
Caso	F., A. L. s/ medida autosatisfactiva
Tribunal	Superior Tribunal de Justicia de Chubut
Fecha	08/03/2010
Tema	Derechos Sexuales y reproductivos. Violencia contra las mujeres. Aborto.
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 498

Una adolescente de 15 años, embarazada como consecuencia de una violación cometida por su padrastro, solicita a las ocho semanas de gestación a través de su representante legal (su madre) que se le ordene a los médicos del hospital público de la provincia la realización de un aborto no punible. Fundó su pedido en las disposiciones del artículo 86 incisos 1 y 2 del Código Penal que regula aquellos supuestos en los que no es punible la interrupción del embarazo.

Las psicólogas intervinientes determinaron que la víctima presentaba síntomas depresivos, ideas suicidas y sostuvieron que “el embarazo es vivido como un evento extraño, invasivo, no es significado como hijo ... El impacto ha sido equiparado con el de un disparo en el aparato psíquico ... la continuidad de este embarazo contra la voluntad de la adolescente implica grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida”.

Los tribunales que intervinieron tanto en primera como en segunda instancia rechazaron la solicitud de la adolescente, pero el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Chubut autorizó la interrupción del embarazo (que para esa fecha ya era de 20 semanas de gestación).

El Superior Tribunal fundamentó la decisión en una interpretación amplia del artículo 86 inciso 2 que se refiere al supuesto de violación, por entender que esta causal que habilita la interrupción del embarazo se aplica no sólo al caso de personas con alguna discapacidad mental, sino también al caso de personas con pleno uso de sus facultades, ya que el principio de legalidad en materia penal exige interpretar el permiso legal lo más ampliamente posible.

Si bien los jueces del Superior Tribunal votaron de forma unánime, uno de los magistrados dejó asentado que “puede considerarse contrario a la dignidad de A.G., menor de 15 años, obligarla a llevar adelante un embarazo producto de una denunciada violación, en contra de su expresa voluntad, lo que implicaría considerar a la niña gestante un mero instrumento. En tal sentido la solución a la que se arriba, si bien exige definiciones respecto de la interpretación a dar a una norma expresa del Código Penal, su artículo 86, inciso 2°, no implica asumir un criterio general aplicable a cualquier situación que se denuncie como subsumible en dicha norma. Cada caso exigirá un cuidadoso y responsable análisis de las circunstancias de hecho a fin de determinar si el mismo se encuentra abarcado o no por las previsiones de la norma”.

Se trata de un caso en que por primera vez el máximo tribunal de justicia de una provincia da una interpretación amplia al artículo 86 inciso 2 del Código Penal, y sugiere al Poder Ejecutivo “para que en el marco de sus facultades, prontamente, prevea la elaboración de guías para los médicos que actúen en la Provincia con respecto a la atención integral de los abortos no punibles”. El caso fue apelado y se encuentra pendiente de resolución por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

País	Chile
Caso	Muñoz Huenqueo/ Saavedra Rojas
Tribunal	Tribunales de Familia
Fecha	18/10/2010
Tema	Trabajo productivo y reproductivo. Propiedad y patrimonio
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1211

La sentencia acoge y decreta el divorcio de la pareja, por lo cual se procede al estudio de la procedencia de la compensación económica, en este caso para la cónyuge. Se plantea en el caso la problemática de probar el menoscabo económico y psicológico sufrido durante el matrimonio, lo cual implica un desequilibrio en las relaciones de familia.

El Tribunal de Familia acoge parcialmente la demanda reconvenzional de compensación económica, cuyo monto y modalidad de pago se encuentra detallada en el motivo vigésimo séptimo de la sentencia, para lo cual fundamenta de la siguiente manera: “Si bien es cierto que no existe antecedente de que la Señora se haya visto impedida de trabajar fuera del hogar durante el tiempo de la convivencia, no es menos cierto que tal impedimento dice relación con una opción de familia y considerando que, si bien durante la época del matrimonio que no hubo convivencia, esto es, a partir del año 1985, la demandante reconvenzional inicia su actividad laboral, periodo en el cual vive sola con uno de los hijos en primer lugar y luego con ambos, lo hizo y la hace en la actualidad como una forma de mantener a sus hijos. Que, la sola comprobación del hecho anterior, además de lo expuesto en el considerando precedente, permite tener por acreditado que se ha generado un menoscabo en el patrimonio de la actora reconvenzional el que resulta irrecuperable con el sólo ejercicio de una actividad lucrativa, cualquiera sea ésta, por parte de ella en el futuro. A mayor abundamiento, el trabajo doméstico no se traduce, por regla general, en la percepción de ingresos correlativos, en circunstancias que la demandante podía haber desarrollado y, de hecho lo hizo, en la medida de lo que podía y quería en trabajos de temporera, vendedora y aseo desde el cese de la convivencia, por lo que debe ser compensada por el demandado, debiendo acogerse la acción de compensación económica. Que, en este mismo orden de ideas, como puede apreciarse la compensación económica constituye una forma de reparación de un menoscabo pasado, de la ausencia de ingreso del cónyuge que dedicó, como se ha venido diciendo, sus esfuerzos al cuidado de los dos hijos y del hogar, o de los que dejó de percibir cualquiera sea la actividad remunerada que realice, postergando su desarrollo personal y siendo especialmente relevante para esta sentenciadora, en la especie, producto de su precaria calificación laboral, los ingresos que recibe, su edad, su estado de salud y situación previsional deficiente, es decir lo que busca es proteger al cónyuge más débil en los casos del divorcio y la nulidad, principio fundamental consagrado en el artículo 3 de la Ley 19.947”.

Esta sentencia reconoce el valor económico del trabajo reproductivo que las mujeres dedican al hogar, y acuerda una compensación económica por ese trabajo no remunerado.

País	Chile
Caso	f-2556-2010
Tribunal	Corte Suprema de Justicia
Fecha	16/09/2010
Tema	Familias Identidad y Desarrollo de la Libre Personalidad
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1054

Una mujer soltera deduce recurso de casación en el fondo contra la sentencia que había rechazado su solicitud de adoptar a una menor, dictada por el juez de la instancia. El juez consideró que no se cumplieron las exigencias previstas por el artículo 21 de la ley 19.260, es decir, no sería posible certificar la no existencia de matrimonios chilenos o extranjeros interesados en la adopción. Sin perjuicio de lo anterior, el juez mantiene el cuidado de la menor en la solicitante hasta que la sentencia se encuentre ejecutoriada.

Este caso plantea la discriminación contenida en la ley de adopción referente a mujeres y varones solteros que deseen adoptar un/a niño/a, cumpliendo los requisitos exigidos por ésta, por existir un orden de prelación que prefiere a personas casadas. Igualmente plantea la no aplicación por parte de los tribunales de la instancia del principio del interés superior del niño y de la Convención de los Derechos del Niño porque los jueces del grado no se han hecho cargo en sus motivaciones de la situación de la menor, desde la perspectiva de su interés, limitándose en sus razonamientos a establecer la improcedencia de la acción impetrada por no haberse cumplido supuestamente con los trámites que aseguran el respeto al orden de prelación dispuesto en el artículo 21 de la Ley 19.620.

La Corte Suprema acoge, sin costas, el recurso de casación en el fondo deducido por la solicitante, considerando: “Que habiendo sido bien evaluada la actora, no sólo es capaz de cubrir las necesidades materiales de la niña, sino que de brindarle cariño y protección, circunstancias esenciales para que la niña pueda desarrollarse bajo el amparo y protección de una familia, y siendo el interés superior del niño un principio fundamental en esta materia, los sentenciadores lo han preterido, al desatender los mandatos que el mismo impone en relación a la resolución de la materia debatida, lo que constituye una abierta infracción a lo dispuesto por los artículos 1º, 20 y 21 de la ley 19.620 y 3º y 21 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.” Conforme que “la adopción según lo dispone la ley 19.620 tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno

de un a familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales cuando ello no le puede ser proporcionado por su familia de origen, por lo demás los antecedentes administrativos que cita el fallo atacado, no establecen irregularidades en el curso de la tramitación de la petición de adopción, que permitan desconocer el mérito de la formulada por la compareciente.”

Por ese motivo, se acoge, sin costas, el recurso de casación en el fondo deducido por la solicitante.

País	Chile
Caso	RIT C 1121
Tribunal	Cuarto Juzgado de Familia de Santiago
Fecha	13/09/2010
Tema	Violencia contra las mujeres. Migraciones / mujeres rurales
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1053

Una mujer de nacionalidad peruana, migrante, residente en Chile, víctima de una grave violencia intrafamiliar por parte de su conviviente, solicita al tribunal de familia que éste la autorice a salir de Chile con su hija de dos años de edad, ya que el agresor, también de nacionalidad peruana, se niega injustificadamente a dar su autorización.

Este caso plantea la situación que viven muchas mujeres sumidas en relaciones violentas, en las que el agresor utiliza la ley y el sistema para ejercer aún más violencia en contra de ellas. En este caso, el ex conviviente de la solicitante, sancionado por violencia, está impedido de acercarse a ella por sentencia judicial, y sin embargo, pretende que permanezca en Chile, totalmente desamparada.

El Cuarto Tribunal de Familia de Santiago, decide autorizar la salida definitiva del país de la niña, con destino Perú junto a su madre. La jueza señala en su sentencia que ha adquirido la convicción para autorizar la salida del país, en base a que: “resulta altamente conveniente para la menor de autos, radicarse en el país de origen de su madre, lugar en que ésta cuenta con redes familiares de apoyo para poder reiniciar su vida, poder contar con una fuente de ingresos, y proporcionarle una habitación a su hija.” Considerando

además la situación actual que posee la demandante, “quien vive de allegada en casa de unos tíos, y no cuenta con el apoyo económico del padre de su hija, quien tampoco mantiene un vínculo nutricional con su hija menor, a quien no visita, manteniendo con la actora una relación de alta disfuncionalidad que ha significado el inicio de causas en sede penal por el delito de maltrato habitual”. Se señala además que “en el evento que el demandado retomare el contacto con su hija, se le facilitará lo anterior, toda vez que éste también es peruano y su familia extendida se encuentra en dicho país.” Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 16.618, artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, artículo 8 N° 11 y 32 de la ley 19.968, se autoriza la salida definitiva del país de la niña.

País	Perú
Caso	Registro N° 8243-2010 Lima
Tribunal	Jefatura Suprema de la Oficina de Control de la Magistratura
Fecha	10/08/2010
Tema	Violencia contra las mujeres.
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 969

A través de la presente resolución, la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) señala que el juez Zoilo Enrique Sotelo se habría apartado de su deber de garantizar el debido proceso al no motivar debidamente la resolución que emitió. La OCMA consideró que el magistrado realizó una motivación no sólo aparente sino también incongruente que tuvo como consecuencia la liberación de un agresor que quemó el rostro, cuello y espalda a su pareja, arrojándole una olla de agua hirviendo.

La OCMA considera la existencia de indicios y actuación probatoria preliminar señalados por la Fiscal para sustentar que existiría riesgo de que el agresor eludiera la justicia, refiriéndose a un certificado médico legal en el que se señala el diagnóstico de la agraviada y el antecedente del agresor de haberse fugado después de la comisión de los hechos. Estas circunstancias llevaron a solicitar la detención preliminar excepcional del agresor por la presunta comisión de delito contra la vida, el cuerpo y la salud - Lesiones Graves. Frente a ello, el juez aplica un parámetro probatorio correspondiente a formalización de denuncia, pese a que se trataba de pedido de detención preventiva para lo cual era

suficiente con lo sostenido por la Fiscal. En tal sentido, la OCMA señala que no se ha cumplido con un requisito de procedibilidad, el relacionado al certificado médico legal, pues el mismo no determinaría la existencia y gravedad de las lesiones. Ello porque aún cuando las describe determinando hasta el grado de las quemaduras, concluye en que “para pronunciar(se) se requiere informe médico detallado en el Hospital Loayza”.

En base a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre como la debida motivación de las resoluciones judiciales “garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso”, la OCMA resuelve abrir proceso disciplinario y ordena la medida cautelar de suspensión preventiva mientras se resuelva el procedimiento contra el Juez que ordenó la liberación del agresor en cuestión.

Con esta resolución, la OCMA se pronuncia directamente sobre el contenido de las decisión de un magistrado que terminó resolviendo este grave caso desde sus estereotipos de género, por los cuales no sólo no consideró la gravedad sino que cuestionó la existencia del agravio, aún cuando existía evidencia del mismo. En casos como éste, la falta de debida motivación que constituye un obstáculo frente al derecho de acceso a justicia de víctimas de violencia, permite ejercer el control de la magistratura sobre una decisión jurisdiccional.

País	Colombia
Caso	Sentencia C- 776 de 2010 MP: Jorge Iván Palacio Palacio
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	29/09/2010
Tema	Violencia contra las mujeres.
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1283

Una ciudadana demanda parcialmente los artículos 13 y 19 de la Ley 1257 de 2008 mediante la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres. En estos artículos se señalan dentro de las medidas del ámbito de la salud que deberá adoptar el Ministerio de la Protección Social, la reglamentación del Plan Obligatorio de Salud para que incluya las actividades de atención a

las víctimas que corresponda entre otras cosas a garantizar la habitación y alimentación de la víctima a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La demandante señala que los apartados señalados van en contra de la Constitución, por considerar que ésta asigna una sola destinación a los recursos del sector de la salud, y que la ley confiere a los recursos de la salud una destinación diferente a ésta, toda vez que los servicios de hotelería y comida para la víctima de agresión sexual y sus familiares no guarda relación con la recuperación de la salud, por ser ésta una función a cargo del Estado a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La Corte en este caso tuvo que decidir si las prestaciones incluidas en los planes obligatorios del Sistema de Seguridad Social en Salud relacionadas con el alojamiento y la alimentación para las mujeres víctimas de la violencia pueden ser entendidas como parte del derecho a la salud y si las mismas desconocen el principio de destinación específica de los recursos de las instituciones de la seguridad social. La Corte decide declarar constitucionales los artículos demandados. Luego de un análisis de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Colombiano respecto a la protección de la mujer, dentro de los cuales se encuentra la CEDAW y con ella el compromiso de crear una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer mediante diferentes acciones, señala que las prestaciones en cuestión pueden válidamente ser incluidas por el Legislador como parte de las garantías propias del derecho a la salud cuando están relacionadas de forma inescindible con la atención a las mujeres víctimas de la violencia, procurando prevenir actos hostiles en su contra que puedan significar perjuicios mayores. Además, siendo tales prestaciones inherentes al tratamiento médico, terapéutico o científico ordenado por personal especializado. Por ello, el Legislador cuenta con atribuciones para extender la protección a estas áreas, siempre y cuando se encuentren directamente ligadas al restablecimiento de la salud de la afectada.

En esta sentencia se reafirma la importancia de la creación de políticas públicas y leyes que disminuyan la discriminación y violencia que se ha ejercido sobre las mujeres históricamente. Así, en cumplimiento de los compromisos internacionales el Estado mediante la ley 1257 actuó acorde a la Constitución incluye dentro de las prestaciones esenciales del plan obligatorio de salud en casos de agresión contra las mujeres las prestaciones de vivienda y alimentación cuando éstas influyan directamente en su estado de salud. Con ello adquieren relevancia los tratamientos de salud producto de tales agresiones, lo que implica que estos deben contar con una calidad e integralidad óptimas para que la mujer obtenga condiciones de vida favorables y libres de violencia.

País	Colombia
Caso	Sentencia T-629/10 MP: Juan Carlos Henao Pérez
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	13/08/2010
Tema	Trabajo productivo y reproductivo
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1047

Una mujer interpone acción de tutela contra el bar Pandemo en donde trabajaba como prostituta por haber sido despedida sin tener en cuenta el estado de embarazo en el que se encontraba, violando así sus derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, la igualdad, el debido proceso, la salud, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital.

En este caso la Corte Constitucional analizó el alcance y contenido de la prostitución como oficio para posteriormente determinar si una persona que se dedica a la prostitución, en particular cuando se encuentra embarazada, tiene la misma protección constitucional que otro tipo de trabajadoras. La Corte decidió tutelar los derechos invocados, y en consecuencia ordenó al propietario del establecimiento pagar una indemnización por despido injusto y las 12 semanas de salario por licencia de maternidad. Asimismo, ordenó a la Defensoría del Pueblo acompañar a la mujer en dicho proceso y exhortó a las autoridades distritales administrativas y de policía sobre la necesidad de ejercer sus competencias en la protección de los derechos de las personas que ejercen la prostitución como respeto a la igualdad en el derecho al trabajo. Tal decisión se toma teniendo en cuenta que la prostitución voluntaria sin constreñimiento ni inducción es una actividad económica lícita, que puede predicarse de acuerdos celebrados entre establecimientos de comercio y las personas prostituidas. Así señala que habrá contrato de trabajo y así debe ser entendido, cuando el o la trabajadora sexual ha actuado bajo plena capacidad y voluntad, cuando no hay inducción ninguna a la prostitución (conducta castigada por el código penal), cuando las prestaciones sexuales y demás del servicio se desarrollen bajo condiciones de dignidad y libertad para el trabajador y por supuesto cuando exista subordinación limitada por el carácter de la prestación, continuidad y pago de una remuneración previamente definida. Por ello, la protección constitucional debe darse más aún cuando no existe en la Constitución alguna disposición que autorice la discriminación negativa para quienes ejercen la prostitución. Por ello es dable que en tales condiciones se aplique la protección de la estabilidad laboral reforzada a la mujer en estado de embarazo haciendo efectivo el derecho de igualdad.

Esta sentencia es de gran importancia para los derechos de quienes libremente ejercen la prostitución. Ni la moral ni las buenas costumbres justifican que la ley trate de forma desigual a las personas discriminadas socialmente. Quienes ejercen la prostitución en el marco de la legalidad tienen los mismos derechos y libertades que el ordenamiento reconoce a cualquier ciudadano o ciudadana.

País	Colombia
Caso	Sentencia C- 625/10 MP: Nilson Pinilla Pinilla
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	10/08/2010
Tema	Derechos sexuales y derechos reproductivos
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1087

La Corte estudia la constitucionalidad del proyecto de ley por el cual se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsables y se establecen estímulos para los ciudadanos, estableciendo de manera gratuita la práctica de tales procedimientos.

El Poder Ejecutivo objeta la inconstitucionalidad del proyecto argumentando que tal ley generaría unos costos muy altos y que en consecuencia sería contraria al marco fiscal de mediano plazo.

La Corte declara su constitucionalidad teniendo en cuenta que los procedimientos de esterilización quirúrgica como la vasectomía y la ligadura de trompas hacen ya parte del Plan Obligatorio de Salud vigente. Así el costo financiero que se asume con el proyecto sería marginal, pues el sistema de seguridad social asume más del 79,3% de los habitantes del territorio nacional. Asimismo señala que los mandatos contenidos en el proyecto objetado apuntan a la materialización de importantes derechos sociales presentes en la Constitución Política (art. 42 inciso 8°) y repetidamente relevados por la jurisprudencia y por la doctrina internacional y los pronunciamientos de los órganos consultivos de derechos humanos, como son los derechos sexuales y reproductivos, y especialmente la posibilidad de controlar la fecundidad, decidiendo libre y responsablemente el número de hijos que una persona o una pareja desea tener. Esto incide en la reducción del número de embarazos no deseados, fenómeno que como es sabido afecta directamente la provisión de servicios sociales por parte del Estado, y aún más importante, la efectiva realización de los derechos de los niños (art. 44 Const.).

El que la Corte haya declarado la constitucionalidad del proyecto de ley indica su voluntad de adecuación de la normatividad interna a la normatividad internacional respecto a los derechos sexuales y reproductivos, evidenciando que debe priorizarse la protección de derechos sociales que inciden en su mayoría en la vida de las mujeres por sobre cuestiones fiscales.

País	Colombia
Caso	Sentencia T 614/10 MP Luis Ernesto Vargas Silva
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	5/08/2010
Tema	Salud
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1431

Una mujer cabeza de hogar madre de ocho hijos ante su precaria situación económica no ha podido cancelar el servicio público de acueducto del inmueble en el cual habita, como resultado de tal incumplimiento hace mas de 16 meses se le suspendió el servicio de agua potable. Por intermedio de acción de tutela solicita que se realice la reconexión del servicio público a su inmueble.

En este caso la Corte tuvo que determinar si siendo un sujeto de especial protección constitucional, teniendo en cuenta las especiales condiciones en las que se encuentra, la mujer tiene derecho a la continuidad en la prestación del servicio de agua potable. La Corte decide amparar los derechos a la vida, dignidad humana y salud de la mujer y en consecuencia ordenar la reconexión previa la realización de acuerdos de pago haciendo uso de plazos amplios y cuotas flexibles que permitan la satisfacción de las obligaciones.

Luego de realizar un análisis de la normatividad nacional e internacional dentro de la cual se encuentra la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) indica que los Estados partes están obligados a asegurar el derecho de todas las mujeres a gozar de condiciones de vida adecuada particularmente en las esferas de vivienda, servicios sanitarios, electricidad, y abastecimiento de agua. Así establece que el derecho al agua potable destinada al consumo humano es un derecho fundamental, en tanto su afectación lesiona gravemente los derechos fundamentales, entre otros, a la vida digna, la salud y el medio ambiente. Por otro lado, señala que aunque la suspensión de los servicios públicos constituye una actuación legítima en caso de incumplimiento en el pago de las facturas, las empresas encargadas de su prestación deben abstenerse de adelantar dicho procedimiento cuando las personas afectadas por esa medida sean sujetos de especial protección constitucional.

País	Colombia
Caso	Sentencia T- 585 de 2010 MP: Humberto Antonio Sierra Porto
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	22/07/2010
Tema	Derechos Sexuales y derechos reproductivos
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1284

Una madre cabeza de familia que se encontraba en estado de embarazo por cuarta vez, solicitó la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) ya que fue calificado de alto riesgo por antecedentes de eclampsia. La solicitud fue negada por el hospital donde se le estaba prestando atención médica. La mujer presenta una tutela que fue negada en primera instancia y en su impugnación.

La Corte Constitucional en sede de revisión tuvo que determinar si el hospital violó el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo de la mujer al negarles a practicarle el procedimiento necesario por estar incura, en una de las hipótesis en la que ésta no es punible, esto es, peligro para la vida o para la salud física o mental de la madre. Así, decide tutelar los derechos invocados, previene al hospital para que cuente con un protocolo de diagnóstico para aquellos eventos en que se advierta la posibilidad de que se configure la hipótesis de peligro para la salud de la vida de la madre y finalmente ordena a la superintendencia de Salud que de manera pronta adopte las medidas indispensables con el mismo fin para que todas las empresas promotoras de salud cuenten con tal protocolo, que debe ser integral, e incluir una valoración del estado de la salud mental.

Esta decisión fue tomada teniendo en cuenta que existe en Colombia un derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis despenalizadas, derivado del contenido de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental y que se inscribe en la categoría de los derechos reproductivos. La Corte indica que el derecho al acceso a los servicios de IVE incorpora una importante faceta de diagnóstico y la correspondiente obligación de los promotores y prestadores del servicio de salud de garantizarla mediante protocolos de diagnóstico oportuno que lleven a determinar si se satisface el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica para proceder, si lo decide la madre, a la

IVE. Así, en el caso concreto al no proceder a un diagnóstico oportuno e integral ante la reiterada manifestación de la peticionaria de su deseo de someterse a la IVE debido a los graves síntomas que padecía, aunado a la falta de remisión inmediata de la accionante a una consulta psicológica desconocieron la fase de diagnóstico del derecho fundamental de la actora a la IVE.

País	Colombia
Caso	Sala de Casación Penal MP: Julio Enrique Socha Salamanca N° Radicado: 47752
Tribunal	Corte Suprema de Justicia
Fecha	18/05/2010
Tema	Trabajo productivo y reproductivo
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 967

Una mujer interpone acción de tutela en contra del Ministerio de la Protección Social por considerar vulnerados sus derechos a la familia y al trabajo en condiciones dignas al haber sido trasladada a otra ciudad mediante un sorteo, sin tener en cuenta que es madre cabeza de familia quien tiene a su cargo a su hija de cuatro años y a su madre de 65 años de edad, quien atraviesa una enfermedad grave y se encuentra en tratamiento en la ciudad de Cali.

En este caso, la Corte en segunda instancia tuvo que decidir si se afectaron de estabilidad laboral reforzada de la madre cabeza de familia, al no tener en cuenta dicho carácter para realizar el traslado de la actora. La Corte decidió confirmar el fallo de primera instancia y en consecuencia tutelar los derechos de la mujer teniendo en cuenta que aun cuando el empleador tenga la facultad para modificar unilateralmente las condiciones de trabajo para sus empleados cuando las necesidades de servicio así lo requieran, la misma debe atender motivos razonables y justos, como la situación particular del trabajador. La entidad empleadora omitió hacer un análisis de la situación personal y familiar de cada uno de los que se encontraban en la situación de desempeñar el cargo, pues la accionante se encontraba en una situación de desventaja por ser madre cabeza de familia y por consiguiente el soporte económico y moral de su madre enferma y su hija menor, lo cual desconoce el artículo 43 de la Constitución, que establece que el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

País	Colombia
Caso	Sentencia T 051/10 MP Mauricio González Cuervo
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	2/02/2010
Tema	Familias
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1433

Se acumulan tres trámites de acción de tutela en los que se solicita la protección de los derechos a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la intimidad y al buen nombre de tres ciudadanos a quienes les fue negado el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por no cumplir con los requisitos que en materia probatoria estableció la sentencia C-336 de 2008 mediante la cual se garantiza a las parejas del mismo sexo el derecho al acceso a la pensión de sobrevivientes en igualdad de condiciones que a las parejas heterosexuales. La muerte de los causantes ocurrió en fecha anterior a la expedición de dicha sentencia.

La Corte tuvo que determinar si las autoridades administrativas y judiciales, así como las Administradoras de los Fondos de Pensiones desconocen el derecho de compañeros y compañeras permanentes homosexuales a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente en igualdad de condiciones a las que se sujetan los compañeros permanentes heterosexuales cuando se abstienen de garantizar el goce efectivo de dichos derechos bajo el argumento según el cual la única forma que tienen los integrantes de parejas permanentes del mismo sexo para acceder a la pensión de sobrevivientes es demostrando la existencia de una declaración ante notario de la unión marital de hecho. La Corte decide tutelar los derechos invocados al indicar que la sentencia C-336 de 2008 no exige como condición para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo la declaración de unión material de hecho ante notario firmada por el causante y el solicitante. La sentencia C521 de 2007 en donde se exige tal requisito fue pensada para solicitar la afiliación en salud y no puede aplicarse al caso de pensión de sobrevivientes, ya que las circunstancias y supuestos de hecho son distintos y exigen que el sentido y alcance de lo establecido en la sentencia C-521 de 2007 se ajuste a los supuestos de hecho que rodean el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, instituto cuya aplicación tiene lugar precisamente cuando acontece la muerte de uno de los compañeros permanentes. Así, la

interpretación restrictiva de la que suelen partir las autoridades judiciales tanto como las Administradoras de los Fondos de Pensiones, desconoce por entero el mandato de igual trato consignado en el artículo 13 superior que busca asegurar que la ley no regulará de forma diferente “la situación de personas que deberían ser tratadas igual” ni que regulará “de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente”.

Esta sentencia se constituye como un verdadero precedente positivo para las parejas del mismo sexo que quieran hacer valer sus derechos respecto a las pensiones de sobrevivientes que les deben reconocer respecto de su pareja fallecida.

País	Ecuador
Caso	Inconstitucionalidad Acuerdos Ministeriales sobre Abanderados y abanderadas en la Educación Básica y Media
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	8/04/2010
Tema	Educación
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1479

Se presenta una acción pública de inconstitucionalidad argumentando que los diferentes acuerdos dictados por el Ministerio de Educación sobre el “Reglamento para la Elección del Abanderado, Portaestandarte y Escoltas de los Planteles Educativos de los Niveles Primario y Medio” violan la Constitución Política, lo cual provoca graves perjuicios a los estudiantes secundarios, incluida la hija del accionante, quien se ha visto vulnerada en sus derechos constitucionales al hacerse una interpretación subjetiva por parte de autoridades de menor nivel sobre la eficiencia y espíritu de superación del estudiante para designar al abanderado del plantel y otras designaciones como estímulo que se otorga a los mejores.

La Corte asume la demanda objetivando el derecho vulnerado que sería el de las y los estudiantes a la excelencia y su consecuente reconocimiento, con el de la garantía de los derechos sin discriminación, cabe decir a la igualdad e inclusión social; así como el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación y su obligatoriedad hasta el bachillerato o su equivalente. Finalmente, el que frente a las diferencias que discriminan el Estado debe actuar con medidas de acción afirmativa. Acogen el criterio extraído del Repertorio de

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para distinguir entre “discriminación y diferencias de trato justificado”. Así, la CIDH definió que sólo es discriminación una distinción cuando ... “carece de justificación objetiva y razonable”, y que no habrá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas”. Instrumento que además señala que de acuerdo con ... “el criterio de razonabilidad, una distinción, por alguno de los motivos enumerados en el artículo 1.1 de la Convención o de los similares aplicado en él, sería discriminatoria y, por ende ilegítima, cuando fuere contraria a los principios de la recta razón, de la justicia y del bien común aplicados razonablemente a la norma o conducta correspondiente. De acuerdo con el criterio de proporcionalidad, una distinción, aún siendo razonable en función de la naturaleza y fines del derecho o institución específicos de que se trate, sería discriminatoria si no se adecua a la posición lógica de ese derecho o institución en la unidad de la totalidad del ordenamiento jurídico correspondiente, es decir, si no se encaja armónicamente en el sistema de principios y valores que caracterizan objetivamente ese ordenamiento como un todo”.

La sentencia define al sujeto de derechos como quien se han destacado por su esfuerzo académico. La Corte parte de que la condición de reconocimiento a las alumnas o alumnos es por su rendimiento escolar y no podría ser por la permanencia en el mismo establecimiento. Una consideración importante es la referida a los principios de los derechos humanos dispuestos en la Constitución ecuatoriana: “Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley” artículo 11.3, inciso segundo. De igual manera y en relación directa con la aplicación de los derechos.

País	Ecuador
Caso	Juez de Azuay solicita consulta de constitucionalidad normas relativas a familia
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	24/08/2010
Tema	Familias
Cita de la sentencia en el Observatorio	OSJ Fallo 1111

En el proceso que demanda reconocimiento de paternidad de un menor en la provincia de Azuay, el juez remite la solicitud de consulta de constitucionalidad sobre la norma del Código Civil que regula la prescripción de acciones de

reconocimiento de paternidad, y si ésta resulta compatible con los derechos a la identidad personal previstos en la actual constitución. La norma del Código Civil presuntamente inconstitucional es el Artículo 257 que dispone “Las acciones para investigar la paternidad o la maternidad no prescriben sino por el transcurso de diez años, que se contarán a partir de la mayoría de edad del hijo”. La Corte determina que un derecho no puede jamás ser prescriptible. Siendo un derecho personalísimo sin límites por la edad del ciudadano o ciudadana el conocer la identidad de la persona no puede prescribir una acción que lo demanda. Ello implica el derecho a la filiación y por tanto el reconocimiento de la paternidad y maternidad de la persona. La filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta, incluida en el derecho a la identidad personal. La sentencia declara inconstitucional el Artículo 257 del Código Civil.

Esta sentencia de constitucionalidad de una norma pone en cuestión un sentido prevalente en el aún vigente Código Civil que imponía plazos a situaciones reguladas en un ámbito que rebasaba el meramente patrimonial. Las relaciones familiares eran tratadas aún con plazos y con una tendencia contractual. La sentencia reconoce la inconstitucionalidad de la prescripción de las acciones de paternidad, lo cual en el caso ecuatoriano sienta una jurisprudencia muy importante de jerarquía constitucional de los derechos humanos y de la libertad.

Las instituciones que integran la Articulación Regional Feminista de Derechos Humanos y Justicia de Género crearon en 2009 el Observatorio de Sentencias Judiciales y el Observatorio "Las mujeres en los medios".

El Observatorio de Sentencias Judiciales monitorea y difunde principalmente las sentencias de los tribunales superiores de justicia de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, con la convicción de que es fundamental pensar a nuestros respectivos países en el contexto de América Latina y compartir estrategias para la promoción de los derechos de las mujeres.

El Observatorio "Las mujeres en los medios" es una herramienta de seguimiento al tratamiento que los medios de comunicación impresa de estos países le dan al tema de violencia contra las mujeres.

Esta publicación es una compilación de artículos en donde se presentan las principales decisiones del año 2010 incluidas en la base de datos del Observatorio de Sentencias Judiciales y su repercusión en los medios de comunicación. Visítenos en el sitio de Internet www.articulacionfeminista.org

La Articulación Regional Feminista es una alianza de organizaciones no gubernamentales y sociales de América Latina que trabaja coordinadamente por la promoción y defensa de los derechos de las mujeres y la justicia de género.



MDG3Fund



Development Cooperation
Ministry of Foreign Affairs