

Análisis regional de Sentencias Judiciales: consecuencias en los Derechos de las Mujeres

Argentina - Bolivia - Chile - Colombia - Ecuador - Perú



Análisis Regional de Sentencias Judiciales: consecuencias en los Derechos de las Mujeres

Argentina - Bolivia - Chile - Colombia - Ecuador - Perú



Coordinadora de la Mujer
Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la
Justicia de Género
Análisis Regional de Sentencias Judiciales: consecuencias en
los Derechos de las Mujeres
Argentina – Bolivia – Chile – Colombia – Ecuador – Perú /por

La Paz, agosto de 2011

Análisis Regional de Sentencias Judiciales: consecuencias en los Derechos de las Mujeres

Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú
Primera edición, agosto de 2011-08-26

Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA)
www.ela.org.ar - ela@ela.org.ar
Argentina

Coordinadora de la Mujer
www.coordinadoradelamujer.org.bo
comunicacion@coordinadoradelamujer.org.bo
Bolivia

Corporación Humanas - Colombia
www.humanas.org.co - humanas@humanas.org.co
Colombia

Corporación Humanas – Chile
www.humana.cl – secretaria@humanas.cl
Chile

Corporación Humanas – Ecuador
www.humanas-ecuador.blogspot.com
Ecuador

Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS)
www.demus.org.pe - demus@demus.org.pe
Perú

Depósito legal: 4-1-1982-11
ISBN:978-99954-2-161-8

Editorial: Coordinadora de la Mujer
Realizado por Corporación Humanas Colombia
Equipo de Trabajo:
Cecilia Barraza
Camila Hoyos
Natalia Poveda
Adriana Benjumea
Producción:
Diseño y Diagramación: Marcos Flores
Inpresión: Artes Gráficas COMPAZ • 2484785

Impreso en Bolivia
Printed in Bolivia

Contenido

PRESENTACION	5
I. ANTECEDENTES	7
II. TRBAJO PRODUCTIVO Y REPRODUCTIVO	11
Marco conceptual y jurídico	11
Caracterización del tipo de sentencias abordadas en este estudio.....	14
Tipo de problemas vs argumentos que se exponen en este tema	15
Argentina	15
Bolivia	17
Chile	18
Colombia	21
Ecuador	24
Perú	26
Conclusiones	28
III. DERECHO A LA SALUD	31
Marco conceptual y jurídico	31
Caracterización del tipo de sentencias abordadas en este estudio.....	36
Tipo de problemas vs argumentos que se exponen en este tema	37
Argentina.....	37
Bolivia.....	39
Chile	41
Colombia	43
Ecuador.....	47
Perú	48
Conclusiones	50
IV. DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA	53
Marco conceptual y jurídico	53
Caracterización del tipo de sentencias abordadas en este estudio.....	58
Argentina	58
Bolivia.....	63
Chile	65
Colombia	68
Ecuador	75
Perú	76
Conclusiones.....	79

V. DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA	81
Marco conceptual y jurídico	81
Caracterización del tipo de sentencias abordadas en este estudio.....	86
Argentina	86
Colombia	89
Ecuador	91
Perú	94
Conclusiones	94
VI. VIOLENCIA Y VIOLENCIA SEXUAL	97
Marco conceptual y jurídico	97
Caracterización del tipo de sentencias abordadas en este estudio.....	101
Argentina	102
Bolivia	109
Chile.....	114
Colombia	118
Ecuador	128
Perú	134
Conclusiones	141
ANEXO I	
METODOLOGIA DE LA SISTEMATIZACIÓN	143

PRESENTACIÓN

La Articulación Regional Feminista de Derechos Humanos y Justicia de Género, conformada por el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA de Argentina), Coordinadora de la Mujer (Bolivia), Estudios para la Defensa de la Mujer (DEMUS de Perú), Corporación Humanas (Chile, Colombia y Ecuador) y Equis: Justicia para las Mujeres (México), es una alianza de instituciones feministas de la región cuyo objetivo principal está centrado en la promoción y defensa de los derechos de las mujeres y la justicia de género, implementando diferentes estrategias de investigación, seguimiento, exigibilidad, denuncia, defensa e incidencia que contribuyen a la construcción de sociedades más justas y equitativas para mujeres y hombres.

Desde el 2009 hemos implementado un Observatorio de Sentencias Judiciales como una estrategia de exigibilidad destinada a monitorear y difundir sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia en seis países de la región. Su desarrollo permite contar con la compilación de las decisiones judiciales de altos Tribunales Superiores de Justicia de los siete países, visibilizando el grado de cumplimiento de los derechos reconocidos en la Convención para la Eliminación de Toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) y en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, por parte de los órganos del poder judicial y difundir las buenas y/o malas prácticas en la defensa y reconocimiento de los derechos de las mujeres.

Esta estrategia está orientada a lograr la inclusión y cumplimiento de los estándares de derechos humanos y de justicia de género en el ámbito de violencia y violencia sexual contra las mujeres.

El presente documento, realiza el análisis y balance valorativo de las sentencias recopiladas en el Observatorio, el cual permite identificar el cumplimiento de los derechos de las mujeres, con énfasis en violencia y violencia sexual, la incorporación de argumentos jurídicos, buenas y/o malas prácticas judiciales, cuando se valoran hechos, argumentaciones y pruebas que determinan resoluciones judiciales que afectan o protegen los derechos de las mujeres.

El libro que se presenta pretende generar un espacio de debate y movilización, convencidas de que las resoluciones judiciales deben progresar e incluir en el análisis y valoración de hechos y pruebas las constituciones, los tratados del derecho internacional de los derechos humanos y las decisiones de las Cortes de Tribunales Internacionales del Sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano y promover la vigencia de los instrumentos nacionales de pro-

tección a los derechos de las mujeres, interpelando el rol de garantes de los derechos que deben desempeñar las instancias judiciales en cada uno de nuestro países.

Esperamos que el presente documento contribuya a las mujeres, a las organizaciones que trabajan por la defensa de sus derechos, a operadores y operadoras de los órganos del poder judicial, a las instancias académicas y a la sociedad civil en general, aportando para avanzar en la reflexión, seguimiento y control de la vigencia, respeto y garantías para el ejercicio de los derechos de las mujeres.

Katia Uriona Gamarra
Secretaria Ejecutiva
Coordinadora de la Mujer

I. ANTECEDENTES

Los Estados están obligados a garantizar el acceso a la justicia de las mujeres, ello “constituye un derecho fundamental que nace en una de las fundamentales obligaciones del Estado que es la de atender al ciudadano o ciudadana que recurre a los órganos jurisdiccionales para que protejan sus derechos vulnerados o amenazados”¹.

Garantizar este derecho para las mujeres implica el acceso a operadores de justicia capacitados que a la hora de decidir no sobrepongan sus prejuicios al enfoque de derechos que es necesario aplicar en las decisiones judiciales.

En esa medida las organizaciones que integran la Articulación Regional Feminista de Derechos Humanos y Justicia de Género² se han planteado desarrollar una estrategia de incidencia política, control social y exigibilidad para la inclusión y cumplimiento de los estándares de derechos humanos y de justicia de género en el ámbito de violencia y violación sexual en contra las mujeres, en los procesos judiciales de seis países de la región.

Durante la gestión 2009, se implementó un Observatorio Regional y Nacional de Sentencias que compila las decisiones judiciales de los Tribunales Superiores de Justicia en cada uno de los seis países involucrados en el proyecto, (Bolivia, Perú, Colombia, Chile, Argentina y Ecuador) a fin de visibilizar el grado de cumplimiento de los derechos reconocidos en la Convención para la Eliminación de Toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) —en particular el de una vida libre de violencia sexual— por parte de los poderes judiciales locales y de difundir las buenas y/o malas prácticas en la defensa y reconocimiento de los derechos de las mujeres.

Con base en ello, se propuso realizar una consultoría que permitiese contar con un documento de análisis de las sentencias recopiladas en el observatorio por los seis países que integran la articulación. La corporación Humanas Colombia fue designada para realizar la consultoría. Este documento busca tener un balance respecto del cumplimiento de los derechos de las mujeres, con énfasis en violencia y violencia sexual.

Asimismo contar con un documento de sistematización, análisis y balance, para ser publicado, que identificara y permitiera informar sobre la aplicación

-
- 1 BALBUENA, Patricia (2004). La justicia no tiene rostro de mujer. Obstáculos para el acceso a la justicia de las mujeres. [En línea] Programa Andino de Derechos Humanos – Universidad Andina Simón Bolívar. Revista Aportes Andinos N°. 12. Género y derechos humanos. [Consulta: 7 de abril de 2011].
 - 2 Alianza de instituciones feministas latinoamericanas creada el 2004 como una sociedad de trabajo para promover formas concertadas de trabajo a nivel regional, en el contexto de organizaciones de mujeres que, desde finales de la década del noventa reorientaron sus trabajos en la búsqueda de una mayor incidencia política como una forma de sostener los cambios y logros del pasado, y de fiscalizar el cumplimiento del Estado.

de argumentos jurídicos y de buenas y/o malas prácticas judiciales a organizaciones de mujeres, organizaciones de derechos humanos, instituciones académicas y profesionales del derecho e integrantes del poder judicial.

El objetivo inicial fue revisar y analizar 120 sentencias (10 favorables y 10 atentatorias a los derechos de las mujeres por país) que identificaran claramente el tratamiento de los derechos de las mujeres en los sistemas judiciales de los seis países.

Así se determinó realizar el análisis por tema de una sentencia atentatoria y una sentencia garantista de los derechos de las mujeres, bajo los siguientes criterios:

1. Revisión de las sentencias relativas a las siguientes temáticas:

- ♦ Participación política y acceso a espacios de decisión (dos por país)
- ♦ Salud (dos por país)
- ♦ Trabajo y seguridad social (dos por país)
- ♦ Composición familiar –divorcio, separación, adopción, tenencia de hijas/os, etc. (dos por país)
- ♦ Propiedad y patrimonio –bienes gananciales, tierras–(dos por país)
- ♦ Derechos sexuales y reproductivos (dos por país) y
- ♦ Violencia y violencia sexual contra las mujeres (ocho por país)

2. El análisis tomó en cuenta los siguientes aspectos:

- ♦ El Tribunal de Justicia (Corte Suprema, Tribunal Constitucional, otros tribunales).
- ♦ Argumentos favorables y/o desfavorables que utilizan los/as administradores/as de justicia en conflictos vinculados a derechos de las mujeres.
- ♦ Valoración de los medios probatorios y de los recursos que aplican los demandados, imputados.
- ♦ Enunciación de las normativas nacionales (de los seis países) y artículos que se identifican en el Observatorio de Sentencias Atentatorias y/o favorables a los derechos humanos de las mujeres.
- ♦ Análisis comparativo del tipo de resoluciones que emiten los tribunales de justicia de los seis países que integran la Articulación Feminista.

- ♦ Análisis comparativo de la realidad que viven las mujeres en los órganos judiciales de los seis países que integran la Articulación Feminista.
- ♦ Análisis comparativo respecto al conocimiento de los administradores/as de justicia sobre instrumentos internacionales de protección de las mujeres y de su aplicación en tribunales de justicia de los seis países que integran la Articulación Feminista.

II. TRABAJO PRODUCTIVO Y REPRODUCTIVO

Marco conceptual y jurídico

“El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza, y debe presentarse en condiciones que incluyan un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud, y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de su posibilidad de trabajar”³.

“No se debe discriminar en el empleo y los ascensos, o en el goce de derechos relacionados con el trabajo, en base al género, la raza, el origen étnico, la religión o la opinión política... Tienen derecho a afiliarse al sindicato que elijan... el trabajo forzoso es ilegal bajo el derecho internacional y constituye una violación grave de los derechos humanos. La cantidad de horas de trabajo debe limitarse a fin de no perjudicar la salud de los trabajadores y de permitirles que disfruten de un tiempo de ocio adecuado. Los empleadores deben otorgarles a los empleados vacaciones periódicas y pagas”⁴.

Estas prestaciones que hacen parte del contenido del derecho fundamental al trabajo han sido consagradas en diferentes instrumentos de derecho internacional, elaborados y adoptados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de otras organizaciones regionales.

Dentro de tales instrumentos se encuentra la Declaración Universal de los Derechos Humanos en donde se establece que toda persona tiene derecho al trabajo, a su libre elección a condiciones equitativas y satisfactorias en este y a la protección contra el desempleo, indicando que no pueden establecerse diferencias en salarios por razón de raza, sexo, nacionalidad, opinión política. Incluye la cláusula de igual salario por trabajo igual (Art. 23). Igualmente prohíbe la esclavitud y el trabajo forzoso. (Art. 4).

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (ICESCR, por su sigla en inglés), establece el compromiso de los Estados parte, de reconocer *“el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.”* (Art. 6).

Su contenido esencial se basa principalmente en el reconocimiento de una libertad para escoger una actividad lícita que permita obtener el sostenimiento económico individual y en su caso familiar, debe tratarse de un trabajo digno, es decir que respete los derechos fundamentales de la persona humana así como

3 Carta de la OEA, Art. 45, Inc. b.

4 El Derecho al trabajo y los derechos de los trabajadores, en Red DESC, http://www.escr-net.org/resources/resources_show.htm?doc_id=428592&attribLang_id=13441

los derechos de las personas trabajadoras en lo relativo a las condiciones de seguridad laboral y remuneración. Lo cual indica que los Estados deben estimular los factores económicos para generar empleos calificados como dignos⁵.

El derecho al trabajo se ha ido desarrollando más que como una garantía al acceso a ingresos, como un valor humano, como medio de realización personal y desarrollo de la personalidad y dignidad humanas, y como una necesidad social⁶.

Respecto a la consagración del derecho al trabajo de las mujeres, la CEDAW, establece la obligación de los Estados parte de eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos (Art. 11), en él se hace énfasis en la garantía de los derechos de la mujer trabajadora durante el embarazo, el parto y el posparto.

La Organización Internacional de Trabajo (OIT) considera que con la igualdad de los géneros se eleva el nivel de vida y se refuerza la política de justicia social. Por ello se han emitido múltiples recomendaciones y se han adoptado convenios, además de preparar y realizar otras acciones como son las políticas de apoyo y difusión sobre la igualdad. Tales convenios son especialmente relevantes para la realización del derecho al trabajo de las mujeres y la protección de sus derechos laborales. Entre los convenios más representativos se encuentran:

- ♦ Convenio OIT 100, sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina,
- ♦ Convenio OIT 111, sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, que compromete a los países a seguir una política nacional que promueva la igualdad de trato para hombres y mujeres,
- ♦ Convenio OIT 150, sobre administración del trabajo: cometido, funciones y organización, en el que se reconoce que la orientación profesional y la formación pueden desempeñar un papel fundamental en la corrección de la desigualdad entre géneros existente en el empleo,
- ♦ Convenio OIT 102 sobre seguridad social considerado como la norma mínima de seguridad social,
- ♦ Convenio OIT 183 relativo a la protección de la maternidad de las mujeres trabajadoras,
- ♦ Convenio OIT 89 relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria y

5 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos de las mujeres en los instrumentos del sistema interamericano, Pág. 201.

6 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Protección Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano, Pág. 213.

- ♦ Convenio OIT 156 sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: Trabajadores con responsabilidades familiares.

En el sistema interamericano a pesar de no existir disposiciones expresas en relación con el trabajo de las mujeres, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió el informe de admisibilidad N°. 29/07. En relación con el caso Elena Téllez Blanco contra Costa Rica en la que se alega la responsabilidad del Estado de Costa Rica por la violación de derechos Humanos en perjuicio de Elena Téllez quien ha laborado como empleada de los albergues del patronato nacional de infancia desde hace trece años contando con una carga laboral excesiva, donde llega a trabajar 24 horas al día, durante 11 días consecutivos⁷.

Cabe resaltar que cuando se habla del derecho al trabajo desde la perspectiva de género se ha determinado que se debe superar la aparente separación entre trabajo productivo (trabajo fuera del hogar asignado generalmente a los hombres) y trabajo reproductivo (trabajo dentro del hogar asignado históricamente a las mujeres) lo cual supone visibilizar las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres. Implica además “entender que el sistema económico se reproduce a partir de interrelaciones de tensión y subordinación entre la esfera productiva y reproductiva”⁸.

En lo que tiene que ver con el trabajo reproductivo y el trabajo de las mujeres rurales, es decir al trabajo domestico y de cuidado, la CEDAW señala como obligación para los Estados tener en cuenta el importante papel que juega la mujer en la supervivencia económica de la familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía (Art. 14).

Constitucionalmente, América Latina garantiza los derechos de las mujeres al trabajo, derivado del derecho a la igualdad garantizado por las constituciones. Hay ciertas garantías sociales que son propias de las mujeres, en función de la maternidad, responsabilidades sobre crianza de los hijos y la atención a la familia, de acuerdo con el medio social⁹.

Con el fin de llegar a esa igualdad sustancial, los Estados deben crear los causes legislativos, administrativos y judiciales para que las obligaciones contraídas al respecto sean aplicadas debidamente y de no ser así que las ciudadanas puedan encontrar una protección a sus derechos protegidos por la comunidad internacional y por los Estados en sus ordenamientos internos, acudiendo a los estrados judiciales.

En consecuencia, los jueces deben cumplir una gran labor en la aplicación de la ley, en busca de la eliminación de prejuicios y roles arraigados a la sociedad, garantizando una realización plena de sus derechos.

7 Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación.

8 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano.

9 KURCZYN Patricia, Derechos de las mujeres trabajadoras, Universidad Nacional Autónoma de México, Pág. 4.

Así, la aplicación de estas legislaciones en el sector judicial debe crear jurisprudencia que esté acorde con estos contenidos, no solo con la legislación nacional, sino que se inspire en los tratados y convenios internacionales asumidos por cada país.

Los operadores judiciales se constituyen entonces, en factores determinantes para que los Estados den cumplimiento tanto a los compromisos internacionales como a su normatividad interna, al ser quienes imparten justicia y al hacerlo deben tener en cuenta la realización total de los derechos de quienes acuden en busca de una protección integral de los mismos.

Teniendo en cuenta este marco conceptual y jurídico, a continuación se analiza el tipo de sentencias emitidas en cada país (Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Perú, Ecuador) relativos al derecho al trabajo, donde hay vinculados intereses de mujeres, con el fin de realizar un examen comparativo del contenido de tales decisiones y su aporte en el avance o retroceso de los derechos de éstas.

Caracterización del tipo de sentencias abordadas en este estudio

El 50% (seis) de las sentencias estudiadas, aborda la violación al derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, el 25% (tres) a la discriminación en las condiciones y oportunidades laborales, el 8.3% (uno) es por hostigamiento sexual en el trabajo, el 8.3% (uno) es al no reconocimiento del trabajo reproductivo y el 8.3% (uno) es al no reconocimiento del trabajo de la mujer rural.

En el campo de los derechos de las mujeres, las legislaciones en América Latina han implantado un régimen proteccionista respecto a la estabilidad laboral reforzada, licencia de maternidad y condiciones de trabajo equitativas. No obstante lo anterior, todavía existen obstáculos sociales como agravios por parte de los empleadores que se valen de disfrazar la relación laboral en una relación civil y por tanto suscriben contratos de prestación de servicios civiles¹⁰, la no información del estado de embarazo de la mujer como excusa de procedencia del despido¹¹. Por ello, la mayoría de sentencias analizadas en este tema, hacen referencia al incumplimiento por parte de los empleadores de las obligaciones de especial protección que tienen con las mujeres en estado de embarazo o en el periodo posterior a éste.

La discriminación en el acceso y las condiciones laborales es un tema aún evidente en las sentencias de los países estudiados, los roles asignados por la sociedad para ciertos trabajos, las condiciones desiguales a las que se sigue exponiendo a las mujeres en materia de remuneración, jornadas laborales, explotación laboral, son barreras que siguen presentes dentro de las sociedades latinoamericanas.

10 Corte Constitucional de Perú, Exp. N 05652-2007-PA/TC, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=175&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

11 Corte Suprema de Justicia de Bolivia Auto Supremo 98, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=704&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

Dentro del análisis realizado, se encuentran sentencias garantistas de los derechos laborales de las mujeres, que en general hacen uso de una interpretación amplia de las normas de protección de sus derechos laborales. Países como Argentina, Colombia y Perú hacen uso de los instrumentos internacionales para fundamentar sus decisiones y tratan de dejar por fuera los prejuicios y prácticas que van en detrimento de los derechos de las mujeres.

Se evidencia también, que aunque existan sentencias que tratan de ser garantistas, no tienen perspectiva de género y los instrumentos internacionales a los que recurren son aquellos dirigidos a la protección de la niñez o de protección abierta a los trabajadores, omitiendo la mención a la mujer como sujeto de especial protección.

Por el contrario las sentencias atentatorias sólo hacen uso de la normatividad nacional, notándose la ausencia del análisis de la posición de la mujer en la sociedad y en la relación laboral correspondiente al caso en concreto, muchas veces imponiéndose más requisitos de los establecidos en la ley para acceder a ciertos beneficios, aplicándose estándares de prueba imposibles de cumplir o haciendo una interpretación de la normatividad contraria a los derechos humanos de las mujeres.

Tipo de problemas vs argumentos que se exponen en este tema

Argentina

Los casos estudiados hacen referencia a condiciones laborales inequitativas que configuran despidos indirectos. Ello indica que existen condiciones adversas dentro de las relaciones laborales que obligan a las mujeres a renunciar a sus trabajos. Los empleadores hacen uso de estos métodos para no tener que cubrir indemnizaciones o liquidaciones procedentes dentro del despido directo. Condiciones adversas como jornadas excesivas, evasión del pago de horas extras, tratos discriminatorios, acosos, etc.

La Sentencia Macías, Verónica Sara c/ Sacheco S.A. s/ despido¹² hace un estudio con perspectiva de género de la condición de la mujer en el contexto social y laboral; las normas aplicables tanto en el marco nacional como en el marco internacional.

Se realiza un examen probatorio teniendo en cuenta la condición de subordinación de la mujer, por el hecho de ser mujer y por encontrarse en el extremo más débil de la relación laboral. En virtud de ello, no reconoce como plena prueba la contabilidad laboral de la empresa ya que este instrumento es privado y llevado de forma unilateral por el empleador. Argumentos como este dan un tratamiento favorable a las pruebas aportadas

12 Cámara nacional del trabajo Sala II, Macías, Verónica Sara c/ Sacheco S.A. s/ despido, disponible en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1082&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

al proceso para desvirtuar el dicho de la mujer. Con ello realiza una acción positiva a favor de la mujer, teniendo en cuenta la desigualdad fáctica en la que se encuentra frente al empleador, pues si se tomaran tales pruebas como ciertas se estaría ahondando en la desigualdad de oportunidades que hay entre las partes¹³.

La sentencia referida hace una consideración importante respecto al horario de lactancia por cuanto le reconoce la facultad a la empleadora de incluso decidir unilateralmente el horario de tal prerrogativa y su obligación de no obstruir tal derecho¹⁴, lo que realza y pone de presente que la estabilidad laboral reforzada no solo se da en el embarazo sino en el periodo posterior a éste.

En ella se hace evidente el despido indirecto al que fue sometida la mujer, pues indica que no se evidencia que hubiese mediado una actitud de la trabajadora dirigida a romper el vínculo laboral, lo que indica la intención del empleador de sustraerse de su obligación de pagar la indemnización por despido.

Por su parte en la sentencia G. O. M. c/ Clínica Adventista Belgrano de la Asociación Argentina de los Adventistas del 7mo Día s/ despido¹⁵ la interpretación respecto de la normatividad aplicable es restrictiva contempla la normatividad nacional que protege a la mujer embarazada y la ley que penaliza los actos discriminatorios pero lo restringe únicamente al periodo del embarazo¹⁶. Sin tener en cuenta que la normatividad internacional exige protección por parte de los Estados, al proceso de embarazo de la mujer y el periodo posterior a éste sin diferenciar si éste se llevó a fin con éxito o no.

Impone estándares muy altos para probar la discriminación. Es así como no tiene en cuenta la posición de la mujer en la relación laboral, su dificultad de aportar pruebas fehacientes al respecto, más cuando éstas se constituyen en testimonios de personas que eventualmente están en la misma situación de subordinación y que pueden tener temor de ser despedidas.

Asimismo, a pesar de verificarse los tratos discriminatorios por parte de funcionarios de la entidad donde la mujer laboraba, se restringe la interpretación de la norma al atribuir su procedencia sólo cuando se trata de las directivas de la institución¹⁷, sin tener en cuenta que es con ocasión del trabajo y dentro

13 Cámara nacional del trabajo Sala II, Macías, Verónica Sara c/ Sacheco S.A. s/ despido, disponible en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1082&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

14 *Ibidem*.

15 Cámara nacional de Apelaciones de Trabajo Sala X, G. O. M. c/ Clínica Adventista Belgrano de la Asociación Argentina de los Adventistas del 7mo Día s/ despido, disponible en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=820&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

16 *Ibidem*.

17 Cámara nacional de Apelaciones de Trabajo Sala X, G. O. M. c/ Clínica Adventista Belgrano de la Asociación Argentina de los Adventistas del 7mo Día s/ despido, disponible en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=820&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

de éste, que se están generando los actos discriminatorios y que es el empleador el que debe asegurar condiciones de trabajo optimas a sus empleadas y empleados. En tanto se omita este deber está contribuyendo al trato discriminatorio y por tanto es responsable de éste.

Bolivia

En Bolivia, de las sentencias analizadas se evidencia la ausencia de la interpretación armónica de la legislación interna con la normatividad internacional, se restringen al plano interno para solucionar las controversias y no hay una visibilización de la mujer como sujeto de protección por parte del Estado, los temas se dirimen básicamente por el código del trabajo.

En la sentencia Auto Supremo N° 288¹⁸, una mujer interpone demanda sobre beneficios sociales y otros derechos contra la entidad en la que laboraba, por haber sido desvinculada en estado de embarazo por supuesta sustracción de pertenencias de la empresa sin habersele permitido ejercer su derecho a la defensa. En este fallo se hace referencia a la inversión en la carga de la prueba por desigualdad en la relación laboral y en la capacidad de aportar pruebas al proceso, sin embargo se nota la ausencia de consideraciones respecto a la condición de mujer de la accionante¹⁹.

Se resalta el llamado de atención en este fallo al abogado defensor por evidenciarse una falta de ética profesional, al realizar calificaciones que denotan desprecio respecto de la condición de mujer y que afectan la dignidad humana²⁰.

En el Auto supremo N° 98²¹ Una mujer es desvinculada del cargo que venía desempeñando en una entidad bancaria, encontrándose en estado de embarazo que no fue notificado. La mujer demanda su reintegro y las prestaciones dejadas de percibir por presunta vulneración de la protección a la mujer embarazada.

En este fallo se imponen requisitos poco flexibles para acceder a la estabilidad laboral reforzada. Pues al invocar como fórmula incuestionable que el empleador conozca o deba conocer el estado de gravidez de la mujer se hace una interpretación restrictiva de la Constitución Política del Estado, en cuanto equivaldría a indicar que la protección estaría limitada a cuando se ha constatado que la mujer ha sido despedida por causa o con ocasión del embarazo. Es decir que, hacer una exigencia de este tipo, conlleva a situaciones de desprotección que como en el caso estudiado se convierte en un asunto probatorio de difícil superación.

18 Corte Suprema de Justicia, Auto Supremo N° 288, disponible en: <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=703&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

19 Ibídem.

20 Ibídem.

21 Corte Suprema de Justicia, Auto Supremo No 98, disponible en : <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=704&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

Determinar si el embarazo fue o no conocido por el empleador antes de la terminación del contrato, se presta para abusos y termina por poner a las mujeres en una situación grave de indefensión.

En consecuencia, aunque se aplica la norma de la estabilidad laboral reforzada para las mujeres en estado de embarazo, su interpretación no se hace acorde con los tratados de derechos humanos que regulan el tema, lo que en últimas resulta una denegación del acceso a la justicia y desprotección de los derechos fundamentales de la mujer y en particular el derecho al trabajo.

Chile

En Chile se puede resaltar que existe un reconocimiento al trabajo reproductivo por vía de una institución que generalmente favorece a las mujeres, toda vez que históricamente las labores de cuidado han sido asumidas por ellas, este reconocimiento lo constituye una compensación económica, que es solicitada por el cónyuge más débil por haberse dedicado a los hijos o a las labores propias del hogar común y como consecuencia de ello no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o lo hizo en una menor medida de lo que podía o quería, y por ello, “tendrá derecho a que cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio se le compense del menoscabo económico sufrido por esta causa. Ello se da como concreción del principio de protección del cónyuge más débil, el cual pretende evitar o paliar los efectos derivados de la falta de equivalencia patrimonial y de perspectivas económicas futuras producidas entre los cónyuges”²².

Como mencionamos, esta figura favorece generalmente a las mujeres, que al haber llevado normalmente el mayor peso de las responsabilidades de la familia, es objeto de divorcio por voluntad unilateral de su marido. La compensación económica resulta ser entonces un beneficio que la ley otorga al cónyuge más débil que se ha dedicado al hogar cuando el matrimonio es disuelto por voluntad del otro cónyuge. Se compensa entonces en lo económico el retiro unilateral de los beneficios prometidos por el matrimonio, en la medida que permita mejorar la posición de la mujer. De esta manera, el legislador pretende evitar que la generalización del divorcio se transforme en una de las principales causas de feminización de la pobreza²³

El menoscabo también se puede producir si por ejemplo la mujer que pudo ejercer una profesión durante su matrimonio se ve privada de beneficios provisionales o de salud derivados del sistema al que pertenece el marido y por razones de edad o de salud no es previsible que pueda proporcionárselos a través de sus propias cotizaciones legales²⁴.

22 Corte Suprema de justicia de Chile, Cuevas con Medina, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=380&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=3>

23 Divorcio unilateral empeora la situación de la mujer <http://www.lyd.com/programas/legislativo/divorcio.html>

24 Divorcio unilateral empeora la situación de la mujer <http://www.lyd.com/programas/legislativo/divorcio.html>

Tal figura contribuye entonces a la eliminación de desigualdad que se da entre hombres y mujeres dentro del hogar y recompensa de algún modo el trabajo asumido por la mujer durante los años de matrimonio.

En la sentencia Cuevas con Medina²⁵, el tribunal de instancia rechaza la solicitud de compensación económica realizada por una mujer por haber desarrollado una actividad lucrativa dentro del matrimonio, razón por la cual indica, no hubo lugar a menoscabo.

Posteriormente, este proceso llega a la Corte Suprema de Justicia y ésta en su sentencia plantea argumentos tendientes a evidenciar el menoscabo patrimonial que tuvo la mujer por dedicarse al trabajo del hogar 23 de los 29 años que duró el matrimonio; asumiendo en este sentido la calidad de cónyuge débil. “Lo que da cuenta de la pérdida sufrida por la parte en beneficio de la familia común que durante el tiempo antes consignado, se vio privada de recibir una retribución económica con la consiguiente afectación de su situación en materia provisional.”²⁶.

Se resalta la labor del análisis de las pruebas, pues la Corte Suprema de Justicia encuentra que “los sentenciadores de la primera instancia se apartaron de las reglas de la sana crítica al no obstante tener los hechos probados que la hacían merecedora de la compensación económica hicieron una interpretación contraria de los elementos probatorios aportados para concluir que la mujer no cumplía con los requisitos para acceder a tal derecho”²⁷.

Con ello pone presente que no es de recibir consideraciones tales como que: el daño patrimonial tiene que estar relacionado con el nivel educacional y las labores realizadas antes y después de la dedicación al hogar, porque ello nada tiene que ver con el menoscabo sufrido por la dedicación al hogar. Al referirse a estos aspectos sólo se están imponiendo más requisitos de los que este derecho exige y está incorporando prejuicios respecto a que sólo las mujeres que se evidencien en extrema pobreza o con un nivel educacional bajo pueden acceder a este derecho alejándose de la finalidad de esta institución y haciendo más gravosa la situación de las mujeres que buscan una protección basada en la legislación vigente.

Por ello la Corte Suprema de Justicia considera que con estas decisiones se desvirtúa el verdadero sentido y alcance de la norma que establece la compensación económica al limitar la procedencia de la compensación en un modo que la ley no contempla.

Se puede establecer que la sentencia Cuevas con Medina a pesar de no hacer mención específica a la condición social y cultural de la mujer, ni de los tratados internacionales que crean obligaciones para el Estado en

25 Corte Suprema de justicia de Chile, Cuevas con Medina, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=380&plcontampi=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=3>

26 *Ibidem*.

27 *Ibidem*.

materia de eliminación de discriminación en el trabajo, hace unas consideraciones en pro de los derechos de la mujer y un tratamiento probatorio consecuente con su posición dentro del matrimonio y las labores realizadas en éste.

En la sentencia Gisselle Maturana con Sociedad Comercial Maicao Limitada²⁸, por el contrario se hace una interpretación restrictiva de lo que se configura como discriminación laboral imponiendo cargas probatorias muy exigentes a la mujer que aduce estar siendo víctima de actos discriminatorios por parte de su empleador.

Menciona que “la Gravedad del hecho debe llevar a una identidad tal que lleve necesariamente a un quiebre de la relación laboral, no meras suposiciones, actos u actitudes”²⁹. Lo que de cierta forma deniega el acceso a la justicia de las trabajadoras que por esta vía reclamen sus derechos puesto que se convierte en un requisito imposible de cumplir máxime si se tiene en cuenta la calidad de las vulneraciones, revisiones íntimas, hostigamientos, malos tratos. Situaciones difíciles de comprobar aún más si los testimonios aportados se valoran como poco categóricos. Exigiendo en sus propias palabras “cumplir con una carga procesal más rigurosa”³⁰.

Con ello se incurre en una interpretación contraria a los derechos de las mujeres trabajadoras consagrados en la normatividad internacional, quienes si bien encuentran una protección legalmente reconocida a la hora de hacerla exigible, se encuentran con muchas barreras que les hace imposible acceder al derecho, haciendo ineficaz la protección que consagra la normatividad y en consecuencia afianzando los comportamientos discriminatorios en la sociedad.

En la sentencia referida, el dicho de la demandante es subvalorado, lo que genera una negación del derecho del acceso a la justicia de las mujeres que acuden a esta vía, quienes encontrándose en una situación de completa vulnerabilidad por el carácter y la gravedad de los actos discriminatorios que muchas veces traen consigo acosos sexuales, no encuentran una protección a sus derechos y además de ello son revictimizadas.

En los casos en donde se debate la discriminación laboral y específicamente hacia la mujer, el testimonio de la víctima debería cobrar real significado y ser la prueba más importante para que no se incurra en la negación de derechos y en la profundización de la vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres.

28 Corte suprema de Justicia de Chile, Gisselle Maturana con Sociedad Comercial Maicao Limitada, disponible en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=380&picon=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=3>

29 Corte suprema de Justicia de Chile, Gisselle Maturana con Sociedad Comercial Maicao Limitada, disponible en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=380&picon=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=3>

30 Corte suprema de Justicia de Chile, Gisselle Maturana con Sociedad Comercial Maicao Limitada, disponible en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=380&picon=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=3>

Además debido a la dificultad procesal para probar la discriminación es una necesidad imperiosa que se invierta la carga de la prueba para que se balanceen las desigualdades procesales existentes.

Colombia

Dentro del derecho interno colombiano, el derecho al trabajo se ha consagrado como derecho fundamental por constituirse como fundamento básico para vivir una vida digna.

Al respecto la Corte Constitucional de Colombia ha identificado como categorías sospechosas o presunciones de inconstitucionalidad aquellas que atienen a la discriminación por razones de raza, sexo, nacionalidad u opinión política. Resaltando la importancia que cobra la igualdad de oportunidades en el ámbito del trabajo, que incluyen el acceso, la promoción, la capacitación, determinación de la remuneración, despido, etc. Ello con el fin de erradicar los comportamientos discriminatorios que siguen siendo sustancialmente perceptibles, sobre todo en aspectos, como el trabajo, al ser uno de los espacios que ofrece más posibilidades de discriminación por razones de sexo³¹.

Así lo ha dispuesto la Corte Constitucional Colombiana cuando indica que conferir protección a la mujer únicamente cuando se ha comprobado que el despido fue discriminatorio esto es, que se despidió a la mujer en razón o por causa del embarazo, termina por restringir una protección que la Constitución confiere de manera positiva, en términos muy amplios, y cubija tanto a las mujeres gestantes como a los/as recién nacidos/as³².

Es así que en Colombia y en los demás países estudiados a pesar de haber una normatividad proteccionista siguen existiendo abusos por parte de los empleadores que se valen de estrategias jurídicas como contratos de carácter civil, y cooperativas de trabajo asociado, para eludir sus responsabilidades laborales respecto a las mujeres trabajadoras.

Se evidencia el reconocimiento que en materia de responsabilidad estatal se hace del trabajo en el hogar realizado por las mujeres para ordenar el pago de perjuicios materiales causados. Basándose en el principio de igualdad y no discriminación el Consejo de Estado³³ ha abordado el análisis que corresponde a la importancia del trabajo doméstico realizado por la mujer, indicando que “la realización de labores productivas secundarias y mal remuneradas;

31 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T 247 de 2010, MP Humberto Antonio Sierra Porto, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=808&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

32 Sentencia T 004 de 14 de enero de 2010, MP Jorge Ignacio Pretel Chaljub en Articulación regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=548&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=4>

33 Consejo de Estado de Colombia, Sentencia 18101 CP: Mauricio Fajardo Gómez, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=926&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

el monopolio del trabajo doméstico asumido con exclusividad y sin el apoyo indispensable; la escasa valoración social y el desconocimiento de las labores de la ama de casa que no son consideradas trabajo; la inexistencia de tiempo libre ligada a una jornada laboral larga y el impacto negativo de estos factores sobre la salud física y mental de la mujer, constituyen elementos de juicio que explican por qué los papeles que la tradición ha asignado a cada uno de los sexos, se erigen en el obstáculo de mayor peso que las mujeres encuentran en el camino hacia la igualdad sustancial, y ayudan a comprender que a más de las diferencias biológicas entre los miembros de uno y otro sexo, en especial la relativa a la maternidad que es un proceso natural, existen otras de índole social que configuran discriminaciones basadas en el sexo.”³⁴.

Dentro de las sentencias estudiadas se evidencia la protección fehaciente de la mujer en temas de acceso al trabajo, cuando las entidades tienen como política, no recibir a mujeres para ciertos cargos. Para la Corte Constitucional Colombiana “Las autoridades deben realizar un trato igual en la aplicación de la ley a hombres y mujeres, a su vez en cabeza del legislador radica la obligación de brindar ante las leyes una protección igualitaria a las personas de ambos sexos junto con la prohibición expresa de incluir diferencias en las mismas por razón de su condición de varones o mujeres”³⁵

En la Sentencia T 247 de 2010 se hace un análisis exhaustivo del significado de la prohibición de discriminación en aplicación del principio de igualdad, prohibición de discriminación en razón del género y acceso a las oportunidades laborales, la aplicación de dicha prohibición en las relaciones entre particulares y el sentido de la responsabilidad social empresarial.

La sentencia referida, realiza un análisis de los instrumentos internacionales, así como los fundamentos constitucionales respecto a la igualdad y no discriminación, mencionando que estos implican un trato igual por parte de las autoridades públicas y para las relaciones entre los particulares. Hace énfasis en que uno de los ámbitos de aplicación protegidos de forma más detallada y expresa, fue el de las relaciones de igualdad entre géneros y es enfático al establecer que las decisiones del juez constitucional deben ser consecuentes con los instrumentos internacionales ratificados por Colombia y en la política legislativa desarrollada por el Congreso, en el sentido de prestar especial interés a los casos en que la prohibición de discriminación sea desconocida en las relaciones entre sujetos públicos y privados o entre estos últimos.

Para el caso de la sentencia estudiada, se hace uso de herramientas de tipo constitucional importantes para valorar los supuestos del caso, haciendo que la protección sea efectiva y no se convierta en derechos de difícil exigibilidad. Resalta que el género como factor de selección de ingreso al trabajo es un criterio que debe estar acorde con el resto del ordenamiento constitucional.

34 Ibidem.

35 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T 247 de 2010, MP Humberto Antonio Sierra Porto, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=808&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

En este sentido la utilización del género debe responder a un criterio estricto de proporcionalidad; y en la medida que lo incorpore deberá superar consideraciones relativas a la idoneidad, la necesidad y la esencialidad.

Finalmente la sentencia indica que los requisitos y exigencias para acceder a un cargo pueden atribuir ventajas a los individuos pertenecientes a un género sobre los del otro. Sin embargo, este tipo de exigencias deben tener una base conceptual razonable, necesaria y esencial desde el punto de vista objetivo, de manera que no sean manifestación implícita de prejuicios contrarios al principio de igualdad dentro del Estado constitucional. Se hace de esta forma una reivindicación de los derechos de las mujeres trabajadoras y la obligación de los empleadores de aplicar el principio de igualdad en las oportunidades de acceso al trabajo todo ello en consonancia con los derechos consagrados constitucional e internacionalmente.

Esta sentencia le da alta relevancia a los mecanismos dispuestos por el ordenamiento jurídico ya que, según la sentencia, en ellos se concreta el derecho de acceso a la justicia en este caso de las mujeres que ven vulnerado su derecho a la igualdad y al trabajo. Adquiriendo legitimidad mecanismos que equilibren las condiciones que se garantizan a las partes entre una disputa ante la administración de justicia, haciendo evidente la situación de debilidad en que se encuentran las mujeres trabajadoras con respecto a la otra parte dentro del proceso, lo cual adquiere mayor importancia si la parte discriminada está incluida en un grupo constitucionalmente protegido como es el caso de las mujeres.

Respecto a la valoración probatoria realizada en esta sentencia, es de resaltar que se reconoce la dificultad de evidenciar los tratos discriminatorios por parte de quien padeció sus efectos, pues además de pertenecer a un grupo de especial protección del ordenamiento jurídico —mujeres—, se tienen dificultades procesales para hacer valer la garantía prevista por el ordenamiento. Por ello indica que “para que exista un goce real y efectivo de los derechos fundamentales en juego en los casos de discriminación debe darse una inversión de la carga probatoria. Pues, exigir que la parte discriminada demuestre el ánimo discriminatorio resulta una imposición exorbitante que tendría como resultado una negación de justicia, teniendo especial consideración el que se haga respecto de sujetos que reciben especial protección por parte del ordenamiento constitucional”³⁶. Por otro lado, la inversión de la carga probatoria no resulta una exigencia excesiva para la contraparte, ya que si su conducta se ajustó a parámetros constitucionales contará con los elementos necesarios para demostrar que histórica, contextual y laboralmente no ha existido comportamiento alguno que involucre distinciones no legítimas al momento de determinar el acceso a oportunidades³⁷.

36 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T 247 de 2010, MP Humberto Antonio Sierra Porto, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=808&plcontempl=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=8&cni3=2>

37 *Ibidem*..

Con planteamientos que tengan en cuenta la situación de desigualdad de la mujer en la sociedad así como los estereotipos sociales y culturales arraigados en la sociedad que buscan ser eliminados, se hace una interpretación de la normatividad acorde con los instrumentos internacionales y con los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

A pesar de la garantía observada en la anterior sentencia, no todas las decisiones judiciales asumen consideraciones garantistas de los derechos humanos de las mujeres, por ejemplo en la sentencia 2010-00523³⁸, una mujer fue desvinculada de su cargo sin tener en cuenta su especial carácter de mujer cabeza de familia, contrariando el principio respecto del cual en los procesos de reforma institucional existe la obligación del Estado de garantizar de manera especial la permanencia y estabilidad de éstas. A pesar de que la mujer probó su especial calidad, se le dio mayor valor a una declaración extra juicio que debía aportar la mujer, sin tener en cuenta que la entidad en la que laboraba tenía conocimiento de su condición de cabeza de hogar por otros documentos aportados con anterioridad, que hacían evidente esta situación.

En la sentencia en mención, se da mayor valor probatorio a un elemento como es la declaración extra juicio dejando de lado los otros elementos probatorios aportados y que evidencian tal carácter. Si bien la ley de retén social³⁹ establece unos requisitos que no pueden ser omitidos, dentro de los cuales se encuentra la declaración extra juicio, no se puede indicar que la entidad desconocía el carácter de mujer cabeza de familia de la demandante y por ello no es posible endilgarle el, desconocimiento de derechos constitucionales. Pues de las pruebas aportadas se evidencia que la entidad si tenía conocimiento de tal situación y que alega un trámite de carácter procedimental para sustraerse de su responsabilidad⁴⁰.

En consecuencia se dio prevalencia a aspectos procesales sobre aspectos sustanciales lo cual va en detrimento de los derechos de las mujeres y en contra del principio *pro homine*, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos.

Ecuador

Existe para Ecuador una constante de los problemas presentes en los demás países analizados, ya que en las sentencias estudiadas se aprecia la

38 Consejo de Estado, sala de lo contencioso Administrativo, Sección segunda, Radicado: 2003-07308, CP: Luis Rafael Vergara Quintero, en Articulación regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1438&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

39 Ley 790 de 2002, es la ley mediante la cual se protege los derechos de las personas que están próximas a jubilarse, así como de las madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica y de las personas con capacidad diferenciada. Prohibiendo su desvinculación en los procesos de reestructuración estatal.

40 Argumentos de la accionante, Consejo de Estado, sala de lo contencioso Administrativo, Sección segunda, Radicado: 2003-07308, CP: Luis Rafael Vergara Quintero, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1438&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

ausencia de enunciación de normatividad internacional para argumentar las decisiones.

La sentencia Dolores Arias contra Dirección Provincial de Salud de Pichincha⁴¹ hace evidente la sustracción de los empleadores respecto a las obligaciones legales que tienen con sus trabajadoras en el tema de la estabilidad laboral.

Haciendo uso de una acción e incumplimiento constitucional la mujer solicita que se cumpla la sentencia mediante la cual se ordenó su reintegro a la entidad con un contrato con vocación de estabilidad y permanencia, lo cual no se cumple con la suscripción de un contrato ocasional pues se están negando los derechos adquiridos con los que contaba la mujer y se le está ocasionando unos perjuicios que no tiene la obligación de soportar.

Por ello, ante el incumplimiento del empleador de lo ordenado en la sentencia, la Corte decide otorgar un nombramiento definitivo a la mujer en fiel cumplimiento al derecho de estabilidad laboral como reconocimiento a los años de servicio prestados bajo la modalidad de nombramientos sucesivos provisionales.

Con ello se hace evidente la protección con la que debe contar la mujer. Tal análisis se realiza desde la perspectiva de los derechos de los trabajadores, notándose la ausencia de un enfoque de género que haga visible la situación de la mujer en la relación laboral y la protección del Estado con la que debe contar por ser parte de un grupo de especial protección que se encuentra en desigualdad de condiciones materiales.

En la sentencia Asociación Comerciantes Lumbisí contra Juez Décimo Tercero Civil de Pichincha⁴² se vislumbran temas procesales que no dejan que el fondo de la cuestión sea analizado. No se entrega un inmueble para un mercado de mujeres comunitarias porque la acción se interpuso contra el juez que tenía la obligación de dejar sin efecto una resolución que decidió el destino del lote del terreno, pero quien efectivamente tenía que hacer la entrega del bien inmueble es la autoridad que emitió el acto, es decir el Ministerio de Agricultura.

Podría decirse que la decisión es acorde a derecho, pues efectivamente el juez no puede extralimitarse en sus funciones e invadir la órbita de acción de otras ramas del poder público y en efecto no podía ordenar la entrega de un inmueble, pues ello no se encontraba dentro de la controversia de su conocimiento. Sin embargo, al evidenciar que existía otra parte que era quien efectivamente debía cumplir con tal deber y que era indispensable su actuación dentro de

41 Corte Constitucional, Dolores Arias contra Dirección Provincial de Salud de Pichincha, disponible en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1113&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

42 Corte Constitucional, Asociación Comerciantes Lumbisí contra Juez Décimo Tercero Civil de Pichincha, en Articulación Regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1109&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

la acción para llegar a una decisión de fondo, debió vincularla de oficio para encontrar una decisión efectiva y no hacer inocua la acción de la mujer. Quien posteriormente tendrá que imponer una nueva acción contra la entidad que tiene la obligación de cumplir con la entrega del inmueble.

Ello teniendo en cuenta que el operador judicial debe actuar en pro de la economía procesal y la celeridad y en consecuencia buscar el menor desgaste del aparato judicial siendo lo más efectivo posible.

Dentro del actuar de las y los jueces debe tenerse en cuenta la condición de la parte accionante al momento de analizar el caso y las dificultades con que esta cuenta para cumplir con los requisitos procesales que se le exigen.

Para el caso concreto, tratándose de una mujer rural se debió tener en cuenta la situación de discriminación de la que históricamente han sido víctimas las mujeres rurales, y las dificultades que representa para ellas acceder a la justicia y en consecuencia darle un tratamiento distinto que disminuyera tales dificultades. Se debió, por ejemplo, vincular a la entidad que tenía el deber de cumplir la resolución constitucional y visibilizar la importancia del papel que estas mujeres representan en la sociedad. No se evidencia un enfoque de género que identifique la especial condición en la que se encuentran las mujeres rurales y por tanto las acciones que debe realizar el Estado para la protección de sus derechos.

Perú

Se evidencia en Perú, al igual que en los demás países, la discriminación por embarazo de forma persistente y se nota el aumento en razón a la mayor participación de las mujeres en el mercado laboral.

En la sentencia Exp. N 05652-2007-PA/TC⁴³, se evidencia esta problemática, y se destacan argumentos favorables que involucran tanto normatividad nacional como normatividad internacional. Estableciendo que la discriminación basada en el sexo constituye una forma de violencia contra la mujer y a la integridad.

Hace alusión y resalta la importancia de la prohibición internacional de la discriminación basada en el sexo, la cual busca promover la igualdad real de las mujeres, por lo que el Estado peruano ha asumido la obligación de adoptar las medidas necesarias para aplicar el principio de igualdad entre el hombre y la mujer.

En esa medida realiza un análisis respecto de los obstáculos con los que se

43 Tribunal Constitucional, Exp. N 05652-2007-PA/TC, en Articulación Regional Feminista, en: <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=175&plcontamp=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=8en>

enfrentan las mujeres en medio social y cultural que evidentemente afecta sus derechos laborales, pues la igualdad de trato en el ámbito laboral es desconocida por muchos actores de la sociedad. Estableciendo además que las decisiones extintivas de relaciones laborales de una mujer en estado de embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituye indudablemente una discriminación en razón del sexo.

El análisis probatorio se realiza teniendo en cuenta la posición de la mujer en la relación laboral al imponer estándares razonables de la prueba respecto a la discriminación, es decir que no se necesitan niveles altos de rigurosidad para probar los actos discriminatorios sino que deben acreditarse indicios que generen una razonable sospecha para lo cual se requiere prueba por lo menos indiciaria. En tal análisis se tiene en cuenta que los contratos de servicios no personales suscritos se constituyen como una actitud del empleador tendiente a sustraerse de sus obligaciones con sus empleados y en el caso específico con una mujer en estado de embarazo.

Ello refuerza el argumento mediante el cual la protección a la mujer embarazada debe darse indistintamente en cualquier tipo de contrato, precisamente para evitar estos abusos. Además de especificar que no es de recibo tratar de sustraerse de las obligaciones laborales suscribiendo contratos de tipo civil cuando en realidad la relación se torna con todos los elementos de un contrato laboral por tanto debe aplicarse el principio de primacía de la realidad⁴⁴.

Este fallo incluye entonces argumentos garantistas que buscan una igualdad de las mujeres real y efectiva en este caso en el ámbito laboral. El que no se tengan en cuenta argumentos de los empleadores como el desconocimiento del embarazo o la extinción de la relación laboral por la naturaleza del contrato, constituyen un avance en la eliminación de estas prácticas y un compromiso de los y las operadores judiciales en hacer exigibles los derechos de quienes son sujetas de actos discriminatorios.

Aunque fallos como éstos son de resaltar, existen otros cuantos que van en retroceso respecto a la protección de los derechos de las mujeres trabajadoras cuando con argumentos estereotipados y sesgados se acude a aplicación de figuras jurídicas de naturaleza distinta para beneficiar a quienes han vulnerado tales derechos.

Es el caso analizado en la sentencia Exp. N 4525- 2007- PHC/TC⁴⁵, en donde se deja sin efecto las resoluciones que habían excluido del servicio de la marina a un hombre por haber realizado actos de hostigamiento sexual en el

44 Tribunal Constitucional, Exp. N 05652-2007-PA/TC, en Articulación Regional Feminista, en: <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=175&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

45 Tribunal Constitucional, Exp. N 4525- 2007- PHC/TC, en Articulación Regional Feminista, en: <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=82&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

desarrollo de su trabajo. En este caso se da poca relevancia a la connotación de los hostigamientos sexuales en el ámbito laboral para darle mayor importancia a aspectos procedimentales alegados por el solicitante.

Como se menciona en uno de los votos disidentes, existe una confusión al suponer que al investigar los actos de acoso sexual dentro del trabajo en un proceso disciplinario y adelantar un proceso penal por estos hechos como delito, constituiría una violación al principio de *non bis in idem*⁴⁶, es necesario aclarar que son afectaciones y discusiones jurídicas de ámbitos distintos, que concurren en determinado momento pero no son excluyentes.

Con decisiones como éstas se desvaloriza a la mujer y se incumplen los compromisos internacionales respecto a su protección y la eliminación de la discriminación, ya que no se está protegiendo la dignidad inherente a la mujer dejando casos como éste sin una sanción dentro del ámbito laboral. Lo que hace más vulnerable la situación de la mujer al no encontrar por parte del Estado y de sus órganos una protección efectiva a sus derechos y abre una brecha para que actos de tal carácter sigan ocurriendo.

El análisis de la normatividad aplicable se circunscribe al ámbito nacional haciendo uso de la constitución política para proteger los derechos del accionante, dejando de lado los derechos de la mujer víctima del abuso y no recurriendo a instrumentos internacionales aplicables al caso concreto.

De esta forma el Estado se sustrae de su deber de investigar y sancionar los actos que vulneren la dignidad de la mujer en el trabajo. Sin embargo llama la atención que los salvamentos de voto evidencian la problemática y ponen de presente tal obligación, mencionando la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belém do Pará” como fundamento para proteger la dignidad de la mujer. Indica entonces que ordenar la reincorporación del favorecido a través del proceso constitucional de *habeas corpus* implica otorgar una convalidación tácita a hechos denigrantes para la dignidad, la libertad sexual y derechos conexos de la mujer, hechos que merecen ser investigados y de encontrarse responsabilidad, sancionarlos.

Conclusiones

Es necesario que los tribunales nacionales apliquen con mayor frecuencia dentro de sus sentencias, estándares internacionales de derechos humanos y en concreto aquellos que protegen los derechos de las mujeres trabajadoras. La inclusión de un enfoque de género se hace indispensable cuando se discute derechos que tienen un efecto sobre la mujer de manera diferenciada. Es importante hacer un análisis de las condiciones estructurales que hacen más propensa a la mujer en la vulneración de sus derechos en ciertas oca-

46 Una persona no puede ser juzgada dos veces por la misma causa.

siones y cómo esta particular condición de las mujeres incide en el caso que se está decidiendo.

El tratamiento probatorio dentro de procesos en los que se analizan estos derechos debe tener en cuenta la condición de la mujer y en consecuencia imponer regímenes más favorables, como la inversión de la carga de la prueba en los casos en los que se busca probar actos discriminatorios en el ámbito laboral. Se deben incorporar metodologías que permitan a las y los operadores jurídicos incluir la perspectiva de género en el análisis probatorio dentro de las reglas de la sana crítica.

Asimismo, la aplicación de las normas respecto al derecho al trabajo se debe aplicar desde una perspectiva de los derechos humanos, acudiendo a la interpretación más amplia o más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos. Sin imponer mayores requisitos o haciendo interpretaciones restrictivas.

Se deben buscar procedimientos para subsanar los vicios procesales respecto a la solicitud del derecho invocado o la vía procesal escogida, que en todo caso permitan debatir la vulneración de los derechos de las mujeres.

III. DERECHO A LA SALUD

Marco conceptual y jurídico

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social⁴⁷.

Por lo anterior, la salud abarca mucho más que las condiciones físicas de la persona y la garantía del derecho está directamente ligada al deber del Estado de prestar el servicio de manera equitativa.

El derecho a la salud se ha reconocido desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con una perspectiva que va más allá de la ausencia de enfermedad, y aunque se refiera sólo a la salud en términos generales, lo hace en articulación con otros derechos: «Artículo 25. 1) Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad».

Otros instrumentos internacionales diferencian dos facetas del derecho a la salud: la física y la mental. En la mayoría de los casos en las que se reconocen éstas facetas, se identifican también los factores socioeconómicos. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se reconoció en principio el derecho a la salud en los siguientes términos: «Artículo 12. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental».

La Declaración y programa de acción de Viena, también describe el contenido del derecho a la salud, particularmente para las mujeres, en términos de salud física y mental: «41. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la importancia del disfrute por la mujer del más alto nivel de salud física y mental durante toda su vida. En el contexto de la Conferencia Mundial sobre la Mujer y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como de la Proclamación de Teherán de 1968, la

47 Constitución de la OMS. La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

Conferencia reafirma, sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres, el derecho de la mujer a tener acceso a una atención de salud adecuada y a la más amplia gama de servicios de planificación familiar, así como a la igualdad de acceso a la educación a todos los niveles».

La Declaración americana de los derechos y deberes del hombre que en el artículo XI señala «Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad».

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador» consagró la definición de salud de la Convención para indicar: «Artículo 10. Derecho a la Salud. 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social».

La relación de los derechos de las mujeres con el derecho a la salud, encuentra asidero normativo en primer lugar, en la CEDAW se reconoce el derecho a la salud en términos generales aunque asociado a los respectivos factores de discriminación que se combaten en las convenciones. «Artículo 11. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer... a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: (...) f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción».

Por su parte, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, indica: «C. La mujer y la salud. 89. La mujer tiene derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. El disfrute de ese derecho es esencial para su vida y su bienestar y para su capacidad de participar en todas las esferas de la vida pública y privada. La salud no es sólo la ausencia de enfermedades o dolencias, sino un estado de pleno bienestar físico, mental y social. La salud de la mujer incluye su bienestar emocional, social y físico; contribuyen a determinar su salud tanto factores biológicos como el contexto social, político y económico en que vive. Ahora bien, la mayoría de las mujeres no goza de salud ni de bienestar. El principal obstáculo que impide a la mujer alcanzar el más alto nivel posible de salud es la desigualdad entre la mujer y el hombre y entre mujeres en diferentes regiones geográficas, clases sociales y grupos indígenas y étnicos. En foros nacionales e internacionales, las mujeres han hecho hincapié en que la igualdad, incluidas las obligaciones familiares compartidas, el desarrollo y la paz son condiciones necesarias para gozar de un nivel óptimo de salud durante todo el ciclo vital».

Tanto en esta conferencia como en la de Cairo (Programa de acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, y la Declaración), se

incluyeron definiciones del contenido del derecho a la salud que tuvieron en cuenta factores físicos, sociales y económicos y se hizo referencia explícita a la protección de la salud de la mujer en el ámbito de la reproducción.

En el Cairo, se incluyó una definición general entre los principios en la que se hace referencia a la salud física y mental: «Capítulo II. Principios. (...) Al abordar el mandato de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo y su tema general, la relación entre población, crecimiento económico sostenido y desarrollo sostenible, y en sus deliberaciones, los participantes se guiaron y se siguen guiando por los principios siguientes. «Principio 8. Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. Los programas de atención de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción. Todas las parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo».

Con base en lo anterior, la garantía del derecho a la salud para las mujeres, debe ser analizada, desde un enfoque de derechos humanos. Esto permite definir un estándar de protección mínimo que debe ser respetado por los Estados, es decir, un Estado puede proveer una protección más amplia que aquella que se encuentra definida en los instrumentos internacionales, pero nunca una protección inferior⁴⁸.

La garantía del derecho a la salud no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva⁴⁹.

Esta comprensión amplia del derecho a la salud es también la contenida en la Observación general N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en la que se señala: «1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente (...)» (P. 1). 8. El derecho a la salud no

48 Mesa por la vida y la salud de las mujeres y la Alianza Nacional por el derecho a decidir. Causal Salud. Interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos. Agosto de 2009. Pág. 95.

49 Observación general sobre el derecho a la salud. 2000. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. 11. El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud (...)» («P 3-4) El derecho a la salud se encuentra además estrechamente ligado con el derecho a la vida y debe ser interpretado en interdependencia con el mismo».

La Observación general sobre el derecho a la salud del 2000, a su vez, establece cuatro aspectos mínimos⁵⁰ que se deben garantizar para una adecuada prestación del servicio de salud, a saber, disponibilidad: contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas de salud; accesibilidad: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos dentro de la jurisdicción del Estado parte, sin discriminación, con accesibilidad física, económica (asequibilidad) y adecuada información; aceptabilidad: todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida; calidad: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

La obligación en cabeza del Estado como todos los derechos humanos, impone a los Estados partes obligaciones de respeto, protección y cumplimiento, la primera exige la abstención del Estado de cualquier tipo de injerencia en el disfrute del derecho a la salud, la segunda comprende un derecho de defensa que permita adoptar medidas para impedir que terceros amenacen o vulneren el disfrute del derecho a la salud, la última demanda adoptar medidas positivas para dar plena efectividad al derecho a la salud⁵¹.

Igualmente la Observación General establece que los Estados “deben velar porque la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de servicios de atención a la salud”⁵² exigiendo que los miembros gubernamentales de las instituciones financieras internacionales garanticen las políticas de préstamos y los acuerdos de crédito garanticen el respeto del derecho a la salud.

50 Observación general sobre el derecho a la salud. 2000. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

51 Observación general sobre el derecho a la salud. 2000. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

52 *Ibí dem.*(Parág. 35).

El derecho a la salud también comprende obligaciones básicas referentes al nivel mínimo esencial del derecho, —aunque ese nivel no se puede determinar en abstracto porque es una tarea nacional—. Los Estados partes deben adoptar medidas de conformidad con el principio de realización progresiva. Esto significa que tienen la obligación de avanzar lo más expedita y eficazmente posible, tanto por sí mismos como con la asistencia y la cooperación internacionales, hasta el máximo de los recursos de que dispongan⁵³.

Asumir una garantía del derecho a la salud desde un enfoque de igualdad de género partiría de reconocer la discriminación histórica de las mujeres, que las ha ubicado en lugares de desventaja sociocultural y socioeconómica en la sociedad y que en ese sentido las ha hecho más vulnerables a tener afectaciones de salud, entre los riesgos están la violencia doméstica, el trabajo productivo y reproductivo, entre otros.

Al analizar la perspectiva de género en relación con el derecho a la salud, el Comité DESC indicó que “un enfoque basado en la perspectiva de género reconoce que los factores biológicos y socioculturales ejercen una influencia importante en la salud del hombre y la mujer. Por ello, la desagregación, según el sexo, de los datos socioeconómicos y los datos relativos a la salud es indispensable para determinar y subsanar las desigualdades en lo referente a la salud”⁵⁴.

De otra parte, al determinar algunos estándares sobre la mujer y la salud, esta misma Observación resaltó la importancia de “la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer” y de los “servicios en materia sexual y reproductiva”, lo cual conduce a analizar los derechos sexuales y reproductivos.

El Relator para el Derecho a la salud señaló que “la vulnerabilidad de mujeres y jóvenes al VIH y al SIDA se complica con otros problemas de los derechos humanos como son el acceso inadecuado a la información, la educación y los servicios necesarios para garantizar la salud sexual; la violencia sexual; las prácticas tradicionales o consuetudinarias nocivas que afectan a la salud de mujeres y niños (como el matrimonio precoz y el matrimonio forzoso), y la falta de capacidad jurídica e igualdad en cuestiones tales como el matrimonio y el divorcio”⁵⁵.

Igualmente el antiguo relator especial para el derecho a la salud señaló en uno de sus primeros informes que la mala salud lleva a la pobreza, al eliminar los medios de ganarse la vida, reducir la productividad, reducir la productividad de los trabajadores, rebajar los logros de la educación y limitar

53 Ibidem.

54 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Art. 12 del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 22° periodo de sesiones, U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

55 Informe presentado por el Sr. Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona a disfrute del más alto nivel de salud física y mental, E/CN.4/2004/49 de 16 de febrero de 2004, párrafos. 34 y 39.

las oportunidades. (...) la mala salud es al mismo tiempo la causa y efecto de la pobreza ⁵⁶.

El marco amplio del derecho a la salud envuelve los derechos sexuales y reproductivos, pero debido a la importancia que para los derechos de las mujeres tiene este último, se tratan en apartados separados, y aquí se analizan el derecho a la salud excluyendo lo que tiene que ver con la salud sexual y reproductiva, para abordar temas como el acceso al sistema de salud, los tratamientos médicos, la situación sanitaria, atención sin discriminación, cobertura de patologías y mortalidad materna.

Dicho marco copioso de normatividad debe ser cumplido por los Estados realizando acciones afirmativas que permitan que el derecho a la salud de las mujeres se desarrolle de una manera integral. Considerando las estructuras de poder que están presentes entre hombres y mujeres, y en esa medida visibilizando las necesidades específicas que envuelve las garantías del derecho a la salud de las mujeres.

El análisis de las sentencias siguientes permite evidenciar como se está manejando el derecho a la salud por parte de operadores judiciales dentro de países de la región, la concepción de este derecho y su garantía para las mujeres, los obstáculos a los que se enfrentan en la búsqueda de la protección de las prestaciones de este derecho, las buenas o malas prácticas de los y las operadores judiciales y en últimas, el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normatividad de derecho internacional, en la búsqueda de una igualdad real y efectiva respecto de los derechos de las mujeres.

Caracterización del tipo de sentencias abordadas en este estudio

Se observa en las sentencias analizadas, cómo se aborda el derecho a la salud, sin tener en cuenta las necesidades específicas de las mujeres, no se retoman causas de desigualdad o de discriminación. En general se presentan ausencia de casos que traten específicamente el tema de salud de las mujeres.

Algunos de los temas que abordan en las sentencias revisadas son: Responsabilidad médica por daños en la salud mental de las mujeres, aportes mayoritarios en el sistema de salud por el hecho de ser mujer, impacto desproporcionado del desplazamiento forzado sobre la salud de las mujeres, protección a mujeres con alguna discapacidad.

Se constituyen como obstáculos para el acceso al derecho a la salud invocado, el no haber especificado concretamente qué derecho se está violando, o la determinación específica de la acción que procede para reclamarlo. Los errores en alguno de estos dos elementos, pueden derivar en la evasión de

⁵⁶ Informe presentado por Paul Hunt Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute mas alto posible de la salud física y mental.

la parte demandada de su responsabilidad o de la negación del derecho por la naturaleza de la acción y en consecuencia su insatisfacción mediante el sistema judicial vigente. Dichos obstáculos impiden que se realice un examen sustancial de los derechos vulnerados, llegando a una verdad procesal que no concuerda con la verdad real. Se genera una decisión jurídica que fácticamente es más gravosa para quien reclama.

Las decisiones tomadas, en su mayoría, no acuden a normatividad internacional para fundamentar sus fallos, se centran mayoritariamente en la normatividad nacional para resolver el problema jurídico concreto. Se acude mayoritariamente a instrumentos y/o normatividad internacional cuando confluyen al lado del género otros factores de discriminación, así por ejemplo si se refiere a una mujer con discapacidad sólo se refieren los instrumentos que tratan el tema de discapacidad, si se trata a una niña, sólo se mencionan instrumentos para la protección de los derechos del niño, pero se deja un gran vacío en la aplicación de los instrumentos que abordan directamente derechos humanos de las mujeres.

Dentro de las problemáticas sociales que se evidencian en las sentencias se puede establecer prejuicios de los médicos respecto al debido cuidado que se debe prestar a una mujer embarazada, cuotas más altas para las mujeres que suscriben un contrato de salud por su condición de mujer, desconocimiento de todos los ámbitos que implican la salud de las mujeres, dejando por fuera el aspecto psicológico como componente especial de éste y otras prestaciones necesarias para que tal derecho pueda realizarse efectivamente.

Sin embargo se resaltan pronunciamientos mediante los cuales se aplican los postulados internacionales respecto al derecho a la salud de las mujeres y se tiene en cuenta su especial condición para incluir dentro de estas prestaciones que en otras circunstancias resultarían desproporcionadas, evidenciándose una interpretación acorde con la realización de los derechos humanos de las mujeres.

Tipo de problemas vs argumentos que se exponen en este tema

Argentina

En la sentencia **C/Arrascaeta Fernanda Beatriz c/ Huerta Fermandois, Eduardo Enrique p.s.a. homicidio culposo por mala praxis**⁵⁷ se encontró como problemática, el desconocimiento de la dimensión física de la salud de las mujeres, ya que se provocó una enfermedad por complicaciones médicas de un embarazo, en el cual se procedió con negligencia, al realizar tardíamente un legrado a una mujer. En la sentencia se determinó —apoyado en pruebas médicas—, que la causa de la infección fue la herida, y que la atención indebida y

57 Cámara de Apelaciones en lo Penal Catamarca., C/ Arrascaeta Fernanda Beatriz c/ Huerta Fermandois, Eduardo Enrique p.s.a. homicidio culposo por mala praxis. en Articulación Regional Feminista, en: <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=235&plcontempl=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=8>

demorada una vez se encontró la infección fue causa de la muerte.

En este caso se observan prejuicios por parte de los médicos que atienden el caso, los cuales derivan en una indebida atención, lo que provocó una afectación relevante a su derecho a la salud y a la vida. Así, lo determina el tribunal cuando indica que “La víctima se encontró en un largo periodo de peligro para la vida y su salud, ocasionado por la indebida prestación del servicio, al haber tenido en su organismo un feto sin vida, durante un largo periodo de tiempo, sin haber recibido la correspondiente atención, frente a lo cual lo aconsejable era un aborto terapéutico por un estado de necesidad”⁵⁸.

El tratamiento de las pruebas es favorable al no tener de recibo los testimonios que indican que la causa de la muerte de la mujer fue un aborto realizado por ésta, e indicar que la mujer ya sabía de la muerte del feto. Aceptar estas versiones, sería darle validez a presunciones sin ninguna base científica, sin tener en cuenta que las demás pruebas allegadas al proceso indican que la causa de la muerte fue la perforación del útero producto del legrado practicado tardíamente⁵⁹.

En la sentencia no se hace mención de normatividad internacional. El caso se resuelve con normatividad del Código Penal y del código de procedimiento penal. Se hace evidente la intervención tardía y de alto riesgo que ocasionó la posterior muerte de la paciente. No obstante se nota la ausencia de apreciaciones de la vulneración del derecho a la salud de la mujer desde una perspectiva de derechos humanos y no se hace referencia a un evidente tratamiento discriminatorio y prejuicio que se realizó dentro del proceso por valorar el intento de aborto de la mujer.

Estaba obligado el tribunal de la causa a advertir, desde un enfoque de género, la vulneración de principios que cobran gran relevancia en la protección del derecho a la salud de las mujeres. Los principios⁶⁰ de respeto y protección (abstenerse de obstaculizar el acceso a servicios de salud), de cumplimiento (garantizar el acceso a los servicios), de igualdad (formal y material), de equidad (eliminación de desigualdades evitables e injustas), y de no discriminación (impedir que las mujeres se vean afectadas por la ausencia de servicios cuando se trata de acceder a aquellos que la afectan de manera exclusiva) como relevantes al momento de declarar la responsabilidad penal de los procesados.

La sentencia declara la responsabilidad penal de la médica y el médico que atendieron a la mujer y en consecuencia cumple con la función de judicializar un acto que vulneró el derecho a la vida de ésta. Ello teniendo en cuenta que

58 Cámara de Apelaciones en lo Penal Catamarca., C/ Arrascaeta Fernanda Beatriz c/ Huerta Fermandois, Eduardo Enrique p.s.a. homicidio culposo por mala praxis. en Articulación Regional Feminista, en: <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=235&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

59 *Ibidem*.

60 Flasgof y otros, Causal salud, Interrupción Legal del embarazo, ética y derechos humanos, Ed. Torre Blanca AG, Pág. 51.

tales funcionarios no realizaron los procedimientos requeridos a los cuales se negaron desde un principio, “no ajustados a las técnicas y procedimientos requeridos por la pericia y produciendo las perforaciones establecidas como posterior causa de muerte en la autopsia”⁶¹.

Pese a ello el Tribunal no aborda la especial condición de la mujer en estos casos y por tanto el comportamiento de los médicos como un evidente hecho discriminatorio contra la mujer. No reprocha tales comportamientos, con el fin de erradicarlos de acuerdo con las obligaciones contraídas internacionalmente y con el catálogo de derechos constitucionalmente reconocidos. Tales comportamientos resultan ser extremadamente gravosos en materia de salud, pues pueden conllevar como en este caso a la denegación de servicios que implican la vulneración del derecho a la vida.

El que no se haga mención a estos actos discriminatorios ni se cuestione sus implicaciones hace que no se les de la relevancia que ellos implican y que por tanto se sigan reproduciendo en la sociedad, por lo que es importante que en las sentencias se haga este tipo de apreciaciones, que son responsabilidad de los y las operadores de justicia, al visibilizar estas prácticas, como contrarias a la realización de los derechos de las mujeres y al señalar por tanto una condena por parte del Estado.

Bolivia

La salud mental es una dimensión de la salud que ha sido ampliamente reconocida en el escenario internacional de los derechos humanos y en la legislación en materia de salud en la mayoría de los países de la región. Dentro de los casos estudiados en Bolivia se analizó una sentencia que trató el tema.

Es el caso de la Sentencia Constitucional 0510/2007-R⁶² de una mujer procesada penalmente, dentro del proceso, se declara procedente el recurso de *habeas corpus* en contra de una resolución que por errores procedimentales revoca la prisión domiciliaria decretada a favor de ésta por habersele diagnosticado seudo demencia. Lo cual en términos del tribunal “afecta la esfera de la libertad de la mujer, toda vez que se empeoran las condiciones en las que se cumple su condena al recibir una extemporánea e inoportuna apelación y resolverla en su contra, negándole una detención acorde a su estado mental”⁶³.

En esta sentencia se evidencia que los ocasionales errores procedimentales

61 Cámara de Apelaciones en lo Penal Catamarca., C/ Arrascaeta Fernanda Beatriz c/ Huerta Fermandois, Eduardo Enrique p.s.a. homicidio culposo por mala praxis. en Articulación Regional Feminista, en: <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=235&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

62 Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional 0510/2007-R, en Articulación Regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1355&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

63 *Ibidem*.

pueden afectar el derecho a la salud de las mujeres, por ello cobran relevancia mecanismos de protección de derechos fundamentales que puedan concurrir a corregir tales errores con el fin de que prevalezca el derecho sustancial. Ello obedece a una perspectiva amplia de derechos humanos y de protección tanto de la víctima como del procesado en condiciones acordes con la dignidad humana.

Es relevante que para la toma de la decisión fueran determinantes los dictámenes médicos realizados a la mujer para adoptar la medida de prisión domiciliaria, y que estos hayan prevalecido sobre los errores procedimentales que afectan el núcleo esencial del derecho a la salud de éstas. A pesar de ello, no se verifica el reconocimiento de las especiales condiciones en las que se encuentra la mujer dentro de la sociedad y lo que esto afecta en el caso concreto.

Existen investigaciones de organismos internacionales sobre la salud de las mujeres, que señalan que éstas, tienen más probabilidad que los hombres de ser afectadas por trastornos mentales específicos, como la depresión, los efectos de la violencia doméstica o sexual y el abuso de sustancias⁶⁴, estos elementos pueden ser retomados como doctrina especializada para un caso concreto como el que se estudia, en este caso, puede ser relevante para argumentar la decisión. El caso en mención, es resuelto con sustento en normas constitucionales referentes al recurso de *habeas corpus*, sin hacer uso de la normatividad internacional.

Se advierte un caso en este país, donde errores procedimentales, llegan a afectar de forma definitiva el derecho a la salud de las mujeres en conexión con el derecho a la libertad y a la dignidad humana. Es el caso Sentencia Constitucional 0402/2007-R⁶⁵, donde una mujer en grave estado de salud, fue condenada penalmente por una causa penal extinguida.

A pesar de verificarse la extinción de la acción penal, el medio por el cual se recurrió la sentencia condenatoria fue la acción de *habeas corpus*, acción de naturaleza diversa mediante la cual no se pudo acceder a la solicitud.

Este caso, que prioriza lo procedimental, ante lo material, hace notorio los obstáculos con los que se encuentran las mujeres al no encontrar protección a sus derechos por cuestiones procedimentales, por escoger un medio que no es idóneo para acceder a la protección de su derecho, indicando que “no corresponde a través del *habeas corpus* el análisis y declaración de la extinción penal, pues con base en la línea jurisprudencial que aplica para estos casos, cuando se debatan problemáticas en las que se denuncia el

64 Flasgof y otros, Causal salud, Interrupción Legal del embarazo, ética y derechos humanos, Pág 44, Ed. Torre Blanca AG.

65 Tribunal Constitucional, SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0402/2007-R, en Articulación Regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1338&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

procesamiento y detención indebidos por no haberse declarado la extinción de la acción penal, lo que se afecta es el debido proceso y no el derecho a la libertad de locomoción”⁶⁶.

Por los obstáculos procedimentales, el tribunal no pudo adentrarse en el fondo del asunto y aunque los procedimientos legales le hubieran hecho imposible tomar una decisión de fondo, el documento de la sentencia le hubiese permitido llamar la atención sobre la situación y la necesidad de analizar casos como estos con enfoque de género. El caso concreto trajo como consecuencia una denegación de justicia para la mujer que intensifica la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba ésta, demorando más el acceso al derecho, pues debía empezar de nuevo para interponer la acción idónea, para encontrar protección de su derecho. El operador en este caso, no valoró la normatividad internacional, ni vinculó el marco de los derechos humanos que le hubiera permitido niveles de acción más amplios.

Chile

Los temas que tratan las sentencias estudiadas en este país, evidencian prejuicios sociales que se traducen en obstáculos a la hora de garantizar el acceso a la justicia para las mujeres. Un ejemplo de ello, es el caso **Rol 2030–2009 sección civil**⁶⁷, en el que una mujer solicita que se declare la responsabilidad médica por las quemaduras ocasionadas en sus glúteos y zonas cercanas a la vagina dentro de un procedimiento quirúrgico.

Las apreciaciones del abogado representante de la demandante, dentro del caso referido, respecto a que el daño moral es irreparable porque con el daño causado, la accionante perdió valor como mujer. Así como la versión de testigos que mencionan que el daño sufrido por la mujer tiene un valor inestimable por su condición de mujer que es más pudorosa que el hombre.

Las afirmaciones tanto del abogado como de los testigos buscan a través de argumentos estereotípicos, que se declare una indemnización a favor de la mujer, y si bien es evidente la responsabilidad del hospital respecto al daño causado, no lo es precisamente porque afecta el pudor de la mujer y la pérdida del valor como mujer.

El tribunal de la causa, a pesar de haber accedido a las pretensiones de la demandante, no hace referencia a ninguno de estos argumentos, de alguna manera permitiendo los mismos, sin dar nuevos argumentos de responsabilidad del daño que no estuvieran sustentados sobre los argumentos iniciales.

66 Tribunal Constitucional, SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0402/2007-R, disponible en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1338&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

67 Corte de apelaciones de concepción, Rol 2030–2009 sección civil. en Articulación Regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1058&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=1>

La sentencia Valentina González Navarrete con Isapre Cruz Blanca⁶⁸ visibiliza una problemática presente en varios de los países latinoamericanos, referido a la reforma del sistema de salud, iniciado en la década de los noventa en la mayoría de los países de Latinoamérica y el Caribe, teniendo como característica común la limitada inserción de la perspectiva de género para abordar temas determinantes en el ámbito de la salud, como pensar formulas para garantizar el acceso de las mujeres a servicios de salud, el financiamiento de programas específicos dedicados a mujeres lactantes o gestantes o a mujeres en edad reproductiva, el trabajo y la participación social en salud de las mujeres, etc.⁶⁹.

En la sentencia que se menciona⁷⁰, una mujer interpone recurso de protección por la variación o actualización del factor de riesgo, por aplicación de la tabla de factores de sexo y edad, de que fue objeto el contrato de salud suscrito por doña Valentina González Navarrete con Isapre Cruz Blanca S.A. El fallo se limita a determinar los requisitos legales y la procedencia para el aumento del valor de la cuota a pagar. No hace un análisis de los derechos presuntamente vulnerados a la mujer desde una perspectiva de derechos humanos por cuanto se circunscribe a la normatividad nacional que regula este tipo de contratos.

Si bien existen responsabilidades en los y las operadoras de justicia, también es importante afirmar que es necesario la realización de cambios estructurales y legislativos con enfoque de derechos y perspectiva de género, porque si los sistemas de salud no adquieren otras formas, las y los operadores jurídicos deberán seguir aplicando sus disposiciones, ahondando las desigualdades en materia de acceso a servicios médicos y poniendo obstáculos a la garantía al derecho a la salud para las mujeres.

Para aliviar estas desigualdades se hace necesario que el costo de la reproducción sea asumido solidariamente por la sociedad pues las mujeres pagan más en sistemas no solidarios pero inversamente son las que tienen menor capacidad de pago.

El rol reproductivo que asumen las mujeres, genera que éstas, proporcionalmente tiendan a necesitar más el servicio de salud, lo que esta directamente relacionado en el financiamiento donde las mujeres pagan más que los hombres. “Podría afirmarse que la tendencia a la privatización de la salud tiene en sí mismo un componente de desigualdad de género. En Chile, por ejemplo, los seguros de salud para mujeres tienen costo 3.3 veces más alto que los

68 Corte Suprema de Justicia, Valentina González Navarrete con Isapre Cruz Blanca, en Articulación Regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=368&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=4>

69 Bitran Ricardo, Reformas recientes en el sector salud de Centro America, Pág. 10 disponible en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/26917/lcl2554e.pdf>

70 Corte Suprema de Justicia, Valentina González Navarrete con Isapre Cruz Blanca, en Articulación Regional Feminista, en: <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=368&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=4>

seguros para hombres con la misma edad y condición familiar, debido a las necesidades específicas de salud sexual y reproductiva”⁷¹.

En ese mismo sentido puede afirmarse que las mujeres en edad fértil son discriminadas por la vía de mayores precios, no afiliación y otras medidas, lo cual se ratifica en los estrados judiciales en donde se aplica la normatividad del sistema con las discriminaciones como se encuentran concebidas desde la legislación misma.

Ahora bien, si operadores de justicia realizaran una interpretación armónica de los derechos reconocidos a las mujeres, tanto en el ordenamiento interno como en el ámbito internacional, podrían dejarse de aplicar normas violatorias del derecho a la salud, si estas en el caso concreto, afectan el contenido esencial de los derechos fundamentales de la accionante. Países de la región tienen experiencia constitucional en este tema y en casos en los que por ejemplo, no se asignan los recursos que requieren los pacientes, o se excluye algún medicamento esencial para la salud de estos, se debe recurrir a los principios de derechos humanos para exponer ante las entidades prestadoras de los servicios de salud para argumentar porque dichas instituciones deben atender las necesidades de los pacientes y esta situación cuenta con acción de tutela, o acción de amparo⁷².

Colombia

Colombia es uno de los países de la región, donde a pesar de las restricciones que trae el sistema de salud, respecto al derecho a la salud de las mujeres, se ha realizado un avance significativo a nivel jurisprudencial, respecto al contenido del derecho, que según la jurisprudencia abarca un enfoque amplio desde la dimensión física, mental y social y que reconoce el bienestar como uno de sus elementos básicos⁷³.

La Corte Constitucional Colombiana ha señalado en numerosas oportunidades que el derecho a la salud, si bien no se encuentra incluido formalmente entre los derechos que la Carta Política cataloga como fundamentales, adquiere tal carácter cuando quiera que se encuentre en relación de conexidad con el derecho a la vida, es decir, cuando su protección sea necesaria para garantizar la continuidad de la existencia de la persona en condiciones de dignidad⁷⁴.

71 Organización Panamericana de la Salud-Bolivia, Acceso Universal a la Salud: Derecho de la Mujer y Compromiso del Estado, disponible en: <http://www.ops.org.bo/servicios/?DB=B&S11=20340&SE=SN>

72 En países como Colombia se ha realizado una interpretación del sistema de salud desde la afectación a los derechos fundamentales para ordenar prestaciones. Al respecto ver: Sentencia Corte Constitucional, T 419 de 2005, T 1149 de 2005, T 511 de 2007.

73 Corte Constitucional, Sentencia T 045 de 2010, MP María Victoria Calle Correa, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=545&plc ontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

74 Entre otras consultar sentencias C-355/06 (M.P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA, CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ), T-300 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-484 de 1992 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-491 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-576 de 1994 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y T-419 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

El derecho a la salud de otro lado, tiene una esfera en la que se conecta estrechamente con la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, en lo que hace relación a la potestad de tomar decisiones sobre la propia salud, pues toda persona tiene autonomía para tomar decisiones relativas a su salud, y por lo tanto prevalece el consentimiento informado del paciente sobre las consideraciones del médico tratante o el interés de la sociedad y el Estado en preservar la salud de las personas⁷⁵.

La Corte Constitucional de Colombia afirma que el derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques:

El primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Además, el reconocimiento del derecho a la salud supone la prohibición de que las personas desarrollen conductas que causen daño a otro, imponiendo a los infractores las responsabilidades penales y civiles de acuerdo con las circunstancias. Por estos aspectos el derecho a la salud resulta un derecho fundamental.

El segundo bloque de elementos da al derecho a la salud un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas a fin de prestar el servicio público correspondiente, para asegurar el goce no sólo de los servicios de asistencia médica, sino también los derechos hospitalarios, de laboratorio y farmacéuticos⁷⁶. Asimismo, comprende algunas prestaciones que *prima facie* podrían ser consideradas desproporcionadas o, inclusive, ajenas al deber de garantizar a la persona el bienestar que caracteriza a este derecho, pero que analizadas dentro de un determinado contexto médico y terapéutico resultan lógicas, razonables, necesarias y conducentes para la adecuada atención de la persona afectada⁷⁷.

En casos que se refieren al sistema de salud, la Corte Constitucional Colombiana haciendo un análisis amplio del derecho a la salud y lo que él representa en materia de servicios, ha ordenado el suministro de medicamentos que no se encuentran cubiertos por el plan obligatorio de salud, cuando se atenta de forma flagrante los derechos fundamentales de la persona como la salud o la vida teniendo en cuenta las especiales circunstancias en la que ésta se encuentra o las especiales prestaciones con las que ésta debe contar para que sea protegido su derecho a la salud.⁷⁸

75 Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-355/06. M.P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA, CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=60&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

76 Barreto Manuel, Sarmiento Libardo. De los derechos, las garantías y los deberes. Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Pág. 219.

77 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C 776 de 29 de septiembre de 2010, MP Jorge Iván Palacio Palacio.

78 Al respecto ver: Sentencia Corte Constitucional, T 419 de 2005, T 1149 de 2005, T 511 de 2007.

Es así como la Corte Constitucional Colombiana acoge un concepto amplio de salud, que desarrolla el ámbito de protección de los derechos, desde una perspectiva de la salud como derecho humano que debe garantizarse desde los más altos niveles, pues se trata de una protección de los derechos humanos y constitucionales de las mujeres, sobre quienes recaen efectos diferenciados y que por tanto deben contar con una prestación del servicio acorde con sus necesidades específicas⁷⁹.

En la sentencia T 045 de 2010⁸⁰, se protege el derecho a la salud de cuatro mujeres víctimas del conflicto armado reconociendo que las circunstancias de extrema vulnerabilidad se agudizan cuando los actos de violencia se ejercen contra las mujeres⁸¹. Así pone como relevante 10 factores de vulnerabilidad específicos establecidos por la Corte en pronunciamiento emitido con anterioridad⁸² y que explican el impacto desproporcionado que el conflicto y el desplazamiento ejerce sobre estas.

Señala la T 045, que el Auto 092 de 2008, hace énfasis en las circunstancias especiales en las que se encuentran mujeres víctimas de conflicto, indicando que la atención en salud prestada debe encontrarse acorde con tales circunstancias; es decir, que no basta con cumplir los cuatro elementos esenciales e interrelacionados del derecho a la salud, (disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad) sino que deben contemplar las circunstancias particulares de ser víctimas del conflicto armado y del desplazamiento forzado.

Por ello la prestación de servicios de salud no puede limitarse únicamente a los planes básicos que se contemplan en cada uno de los regímenes de salud existentes, debido a que éstos no contemplaron las especificidades de las víctimas del conflicto armado, ni incluyeron planes o servicios como atención psicológica y psiquiátrica de mediana y alta complejidad así como la inclusión preventiva de un enfoque psicosocial⁸³.

Se resalta entonces que se tengan en cuenta las especiales condiciones en las que se encuentran las mujeres víctimas del conflicto armado y del desplazamiento forzado, para el cubrimiento de las prestaciones del sistema de

79 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C 776 de 29 de septiembre de 2010, MP Jorge Iván Palacio Palacio, en Articulación regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1283&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

80 Corte Constitucional, Sentencia T 045 de 2010, MP María Victoria Calle Correa, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=545&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

81 Corte Constitucional, Sentencia T 045 de 2010, MP María Victoria Calle Correa, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=545&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

82 Corte Constitucional, Auto 092 de 2008, MP Manuel Jose Cepeda, en Articulación regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=55&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

83 Corte Constitucional, Sentencia T 045 de 2010, MP María Victoria Calle Correa, en Articulación regional Feminista, en <http://www.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=545&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

salud para adoptar medidas de diferenciación positiva que atiendan a sus condiciones de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión y propendan, a través de un trato preferente, por materializar el goce efectivo de sus derechos fundamentales⁸⁴.

Según la decisión, las mujeres víctimas tienen fuertes necesidades de atención en salud mental debido a las presiones y cargas psicológicas derivadas de esta condición, aunadas a la ruptura de los imaginarios sociales, redes de apoyo sociocultural y a la experiencia de la pobreza y la violencia, cuyo procesamiento debe verse aplazado o evadido ante la necesidad apremiante de responder por sus familias⁸⁵.

Se constituye entonces el enfoque psicosocial como un elemento integrante del derecho a la salud de las mujeres víctimas del conflicto armado mediante el cual se aporta en el desarrollo de una mirada integradora de la reparación. La mirada psicosocial desde la categoría identidad integra aspectos diferenciales como género, generación o ciclo vital, tipo de hecho violento, respuesta institucional y social, tipo de pérdidas sufridas, condiciones sociales y políticas de la persona víctima y tiempo, pues estos se constituyen en el contexto para reconocer la particularidad de cada persona o grupo⁸⁶.

La revisión de las afectaciones emocional, relacional y de derechos, desde la categoría de identidad, brinda la posibilidad de obtener una mirada compleja sobre los efectos psicosociales que observamos en las familias y personas, teniendo en cuenta el contexto y el tipo de hecho violento del cual han sido víctimas⁸⁷.

Señala que pese a que sufren trastornos psicológicos y psiquiátricos, no han sido atendidas por profesionales especializados en psicología y psiquiatría que las evalúen y traten pues la prestación en los servicios de salud se ha limitado a evaluaciones físicas superficiales. Estas mujeres y sus familias fueron sometidas a excesivos e injustificados trámites administrativos y burocráticos, los cuales se constituyeron en verdaderos obstáculos para el acceso a los servicios de salud⁸⁸.

Decisiones como la descrita anteriormente, tomada por la Corte Constitucional Colombiana, no solo evidencia los avances de estos operadores de justicia, en lo que a enfoque de género se refiere, sino que además, reconoce los elementos contextuales de un país que exige a quienes operan justicia, nuevos paradigmas que vinculen el derecho internacional de los derechos humanos.

84 Corte Constitucional, Sentencia T 045 de 2010, MP María Victoria Calle Correa, en Articulación regional Feminista, en <http://www.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=545&plcOntampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

85 *Ibidem*.

86 *Ibidem*.

87 *Ibidem*.

88 *Ibidem*.

Ecuador

El caso que se analiza para Ecuador, es uno donde se reclaman los derechos de una mujer y un hombre sobre una medida que vulnera sus derechos como personas con discapacidad, al haberse suspendido la vigencia de una norma que permitía la circulación de vehículos para personas en situación de discapacidad.

La Corte Constitucional del país en el fallo Acción Incumplimiento Discapacitados⁸⁹, protege los derechos reclamados, realiza un análisis desde la perspectiva de los derechos humanos de las personas con discapacidad, mencionando la Convención aplicable a estos casos⁹⁰, y recurre a una protección general que debe realizarse sobre un grupo discriminado como es el de las personas con alguna discapacidad.

Es creciente la discriminación de formas combinadas o entrecruzadas, así que una persona puede estar sometida a múltiples formas de discriminación cuando por ejemplo se es mujer y además se encuentra en situación de discapacidad. La sentencia debería abordar la protección de todos los factores que generan la discriminación en las sociedades. Para obtener un fallo proteccionista de todas las condiciones de la que es titular determinada persona.

Las dificultades a las que tienen que enfrentarse las mujeres con discapacidad, vienen dadas en la mayoría de los casos más que por el tipo de discapacidad que padecen, por el establecimiento de estereotipos y roles sociales que determinan lo que cada persona puede o no puede llegar a ser. Así, en el caso de las mujeres con discapacidad, las posibilidades que la sociedad ofrece son prácticamente inexistentes, por ello es indispensable que las y los operadores judiciales adviertan esta problemática en sus decisiones y adopten medidas que dentro de sus funciones posibiliten la eliminación de estos obstáculos en búsqueda de una igualdad material en la protección de sus derechos, como el derecho a la salud.

En el caso concreto, una valoración de la situación desde la ética del cuidado, que supone que por lo general un hombre con alguna discapacidad es cuidado, mientras una mujer, aunque tenga una discapacidad tiene un rol de cuidadora, puede suponer que la circulación, el espacio de lo público es más restrictivo para ella, lo que podría generar medidas que limitan la circulación dependiendo de los días y de los horarios podría ser más gravosa para las mujeres que para los hombres.

89 Corte Constitucional, Acción Incumplimiento Discapacitados, en Articulación regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=209&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

90 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Adoptada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea general de las Naciones Unidas. Literal G. Esta Convención establece que las mujeres con alguna discapacidad suelen estar más expuestas a un riesgo mayor dentro y fuera del hogar, ya sean de violencia, abuso, lesiones o tratos negligentes.

La posibilidad de percibir la discriminación o situaciones de doble discriminación, como el caso concreto, e incluso casos de tripe discriminación, requiere un enfoque genero sensitivo de parte de los operadores de justicia, que puedan llevar a plantear que es necesario generar unos niveles de reflexión mayores, cuando hay mujeres que acuden a las causas, pues no es desconocido para ellos y ellas, que no siempre las mujeres tuvieron el derecho de acceso a la justicia y esa sola realidad histórica, ya las pone en desventaja con respecto de los varones.

Perú

Una de las situaciones que abarca el derecho a la salud de las mujeres es el reconocimiento que debe hacerse de las necesidades especiales en salud que tienen las mujeres y que implica atención y servicios acordes con esas necesidades. Es decir que la atención en salud debe permitir el acceso de las mujeres al tratamiento médico indicado. Implica también una relevancia en la participación del paciente en las decisiones de atención en salud. Lo cual se traduce en el derecho a la toma de decisiones libres e informadas.

En la sentencia que se analiza para Perú, Exp N 1405-2009⁹¹, no se trata específicamente de la afectación de la salud de la mujer sino la de su hijo, ya que al mismo, le realizaron un procedimiento de transfusión de sangre que portaba el virus de VIH.

Para el caso, es obligación de las entidades estatales de reparar los daños, cuando los mismos se producen, pero además debe reparar en aquellos casos, en los cuales posterior a causar el daño, no informa a los pacientes sobre los procedimientos realizados y/o sobre los errores en la atención o sobre cualquier otra violación de sus derechos.

El análisis probatorio se realiza entonces desde la óptica de la debida diligencia con la que debió contar el hospital para realizar el procedimiento de transfusión de sangre, cumpliendo con las leyes y reglamentos establecidos para tal fin.

Así el tribunal indica que “No existe prueba que acredite que el hospital contó con la diligencia debida en el procedimiento de donación de la sangre con la que posteriormente se realizó transfusión al recién nacido”⁹².

Los médicos que realizaron el procedimiento se escudaron, aludiendo la responsabilidad a la madre del niño, por no haberse realizado controles prenatales, para lo que el tribunal advirtió, no tiene relación con las fallas en el procedimiento de transfusión de sangre realizado por ellos⁹³.

91 Corte Constitucional, Exp N 1405-2009, en Articulación regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=335&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

92 *Ibidem*.

93 *Ibidem*.

Respecto a los medios probatorios aportados por la parte demandada, se observa el abuso de su posición dominante como prestador de servicios de salud, respecto a la madre del niño, lo que es evidente en la aportación de pruebas adulteradas, realizadas con posterioridad a los hechos⁹⁴. Los temas médicos se constituyen como de difícil acceso para los pacientes, situación que puede ser aprovechada por los proveedores de servicios para eludir su responsabilidad.

El tribunal entonces protege efectivamente los derechos de la mujer y de su hijo al declarar la responsabilidad médica, no obstante se nota la ausencia de un enfoque desde las especiales condiciones de la mujer dentro de la relación procesal y en el contexto social y como ellas se encuentran relacionadas con el caso concreto.

Llama la atención que en el tema del reconocimiento de los perjuicios materiales ocasionados a la madre del niño, se argumenta para la tasación del daño, por parte de los médicos, la falta de prueba de haber realizado una actividad laboral diferente a la de cuidar a su hijo, lo cual constituye un acto discriminatorio al no valorar la importancia del trabajo reproductivo y reproductivo de las mujeres, que por los roles de género, esta puesto la mayoría de las veces en cabeza de las mujeres.

El Tribunal declaró los perjuicios solicitados sin pronunciarse sobre las apreciaciones de los demandados, lo que hubiese resultado de gran importancia al sentar una posición en la búsqueda por eliminar estereotipos o prejuicios sociales que posicionen el valor económico de las labores productivas y del trabajo doméstico, aún más en eventos en los cuales es ella la víctima directa del daño, al tener que dedicarse de tiempo exclusivo al cuidado de su hijo, labor tanto económica como socialmente productiva que implica, un reconocimiento patrimonial.

En esa medida, es necesario advertir que la salud como derecho implica que la prestación del servicio sea acorde con los derechos a la libertad, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y la información. Por ello, en el caso estudiado, se debió hacer mención a estos aspectos pues la entidad demandada los desconoció como parte integrante del derecho a la salud.

Lo anterior, teniendo en cuenta que no basta con tener libertad para adoptar autónomamente las decisiones acerca de la salud, además es indispensable tener la posibilidad de llevar adelante esas decisiones. Es decir servicios médicos seguros, asequibles y respetuosos.⁹⁵

Adicionalmente el derecho a la información es una condición indispensable para el ejercicio del derecho a tomar decisiones sobre la salud. Disponer de

94 Ibídem.

95 Flasgog, causal salud, Interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos, Pág. 32.

información completa sobre los procedimientos médicos, los riesgos, las ventajas, las desventajas y las posibles secuelas, es indispensable para tomar decisiones⁹⁶

En el caso en cuestión no se respetaron los derechos mencionados, lo que llevó a la afectación del derecho a la salud del hijo de la mujer. El sistema de salud vulneró el derecho a la salud del menor de edad al no cumplir con la obligación de cumplimiento que le exige al sistema de salud garantizar que las personas tengan acceso a un sistema de salud con igualdad de oportunidades para todos y todas.

Los hechos tratados en la sentencia evidencian el incumplimiento por parte del Estado, respecto al sistema de salud. Se constatan niveles de cobertura en atención de salud materna inadecuados, deficiencia en el ofrecimiento completo de la información sobre las opciones y servicios con los que cuenta. Esto corresponde con las apreciaciones realizadas por la Plataforma de Acción de la IV Conferencia de Acción Mundial sobre la Mujer realizada en 1995 “(...) la calidad de la atención de la salud de la mujer suele ser deficiente en diversos aspectos según las circunstancias locales, en muchos casos no se trata a la mujer con respeto, no se le garantiza la privacidad ni la confidencialidad, ni se ofrece información completa sobre las opciones o servicios a su alcance. Además en algunos países, todos los acontecimientos que ocurren en la vida de la mujer se suelen tratar como problemas médicos que terminan en intervenciones quirúrgicas innecesarias o en una medicación incorrecta”⁹⁷.

Conclusiones

En los seis países estudiados se observan muchas debilidades del sistema de salud que repercuten en el ejercicio pleno del derecho a la salud de las mujeres. A pesar de que ha habido mejoras y ampliaciones importantes de tales sistemas no se ha podido satisfacer integralmente sus necesidades de salud. Más cuando en la planeación de las políticas públicas no se incluye una perspectiva de género que atienda las necesidades de las mujeres.

Los problemas más identificados en las sentencias son aquellos que tienen que ver con el concepto de salud. Se resalta que algunas de ellas amplían el ámbito de aplicación de la salud al más alto nivel posible teniendo en cuenta su interdependencia con otros derechos.

Otra de las problemáticas identificadas y que muchas veces no se examina desde una perspectiva de derechos humanos es la mala praxis en las que incurren los profesionales de la salud incumpliendo con la característica de calidad con la que debe contar el derecho a la salud, pues en muchas de las ocasiones no existe un personal médico capacitado ni medicamentos y equipos hospitalarios científica-

96 Flasgog, causal salud, Interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos, Pág. 33.

97 Plataforma de Acción de la IV Conferencia de Acción Mundial sobre la Mujer de 1995.

mente aprobados y en buen estado, lo que vulnera el derecho a la salud de las mujeres que acuden a utilizar los servicios de salud.

La característica de accesibilidad económica también es incumplida cuando las mujeres son quienes asumen el costo de la reproducción y en consecuencia tienen que pagar costos mayores que los hombres por los servicios de salud.

En consecuencia tales pagos no se basan en el principio de equidad generando consecuencias gravosas para las mujeres que no cuentan con los recursos para acceder a los servicios, recayendo sobre ellas una carga desproporcionada.

En contextos de conflicto armado la prestación de servicios se vuelve aún más precaria, por ello sobresalen las decisiones que tienen en cuenta este contexto para determinar medidas especiales que debe contener la política pública para la atención de la salud de las mujeres que han sufrido los efectos del conflicto armado.

En general, los tribunales nacionales han realizado un esfuerzo muy modesto por utilizar el enfoque de derechos humanos a través de la invocación de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y desarrollos doctrinarios provenientes de órganos del sistema universal.

IV. DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

Marco conceptual y jurídico

Las conferencias de las Naciones Unidas constituyen un marco esencial de referencia para la interpretación de los derechos contenidos en los tratados internacionales en donde los derechos de las mujeres han venido ocupando un lugar relevante.

En 1968, en la I Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán, se reconoció la importancia de los derechos de las mujeres, y se reconoció por primera vez el derecho humano fundamental de los padres “a determinar libremente el número de hijos y los intervalos entre los nacimientos”⁹⁸.

Cuatro años después, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró 1975 como el Año Internacional de la Mujer; se convocó a una conferencia mundial en México dedicada a mejorar la condición de la mujer; y se estableció la década de 1975-1985 como Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas.

Otras dos conferencias mundiales fueron convocadas durante el Decenio de la Mujer, la de Copenhague en 1980 y la de Nairobi en 1985 para comprobar y evaluar los resultados del Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas.

La Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena en 1993, declaró que “los derechos humanos de la mujer y la niña, son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales”⁹⁹, que la plena participación de la mujer en condiciones de igualdad en la vida política, económica, social y cultural, y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo, son objetivos prioritarios de la comunidad internacional.

Posteriormente, en la Conferencia Mundial sobre población y Desarrollo de El Cairo en 1994, el documento de programa de acción, puso un gran énfasis en los derechos humanos de la mujer, y se reconoce que los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos que ya han sido reconocidos en tratados internacionales y que incluyen el derecho fundamental de todas las personas a “decidir libremente el número y el espaciamiento de hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo”¹⁰⁰.

Este programa establece además, que “la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo y de procrear, y

98 I Conferencia Internacional de Derechos Humanos convocada por las Naciones Unidas celebrada en Teherán del 22 de abril al 13 de mayo de 1968.

99 Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, celebrada del 14 al 25 de junio de 1993.

100 Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, Programa de Acción sobre población y desarrollo, celebrada en el Cairo, del 5 al 13 de septiembre de 1994, Capítulo 7, Literal A.

la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia”¹⁰¹. También se estableció, que hombres, mujeres y adolescentes tienen el derecho de “obtener información y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables”¹⁰² de su elección para la regulación de la fecundidad, así como el “derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgo”¹⁰³.

La cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Plataforma de Beijing), confirma los derechos reproductivos establecidos en el Programa de Acción de El Cairo. En ella se define la salud reproductiva como: “un estado general del bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades y dolencias, en todos los aspectos relacionados con los aspectos reproductivos, sus funciones y procesos.

En consecuencia la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, libertad de decidir si hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia y libertad de procrear. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y acceso a métodos seguros eficaces, asequibles y aceptables de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos”¹⁰⁴.

Diferentes tratados internacionales son la base para el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres, los cuales parten de la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia, y se constituyen en el núcleo esencial de los derechos reproductivos. Otros derechos, resultan también directamente afectados cuando se violan los derechos reproductivos de las mujeres, como el derecho al trabajo y a la educación, que al ser derechos fundamentales pueden servir como parámetro para proteger y garantizar sus derechos sexuales y reproductivos.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW-, y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, son instrumentos que pueden ser aplicados directamente por los países de la región, junto con los documentos firmados por los gobiernos de los países signatarios en las Conferencias Mundiales, y estos son fundamentales para la protección y garantía de los derechos de las mujeres por cuanto son marco de referencia

101. *Ibidem*.

102. *Ibidem*.

103. *Ibidem*.

104. Plataforma de Acción y Declaración de Beijing Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer, Beijing China, 1995, Parágrafo 94.

al establecer conceptos que contribuyen a interpretarlos tanto en la esfera internacional como en la nacional. De la mano de estos están instrumentos de aplicación general como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

En cuanto al derecho a la salud, que incluye el derecho a la salud reproductiva y la planificación familiar, se ha interpretado por los organismos internacionales¹⁰⁵, con fundamento en los tratados internacionales, entre ellos la CEDAW, que es deber de todos los Estados ofrecer una amplia gama de servicios de salud de calidad y económicos, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva, y se ha recomendado además, que se incluya la perspectiva de género en el diseño de políticas y programas de salud¹⁰⁶. Dichos organismos internacionales también han expresado su preocupación por la situación de la salud de las mujeres pobres, rurales, indígenas y adolescentes, y sobre los obstáculos al acceso a métodos anticonceptivos¹⁰⁷.

También en el área de salud, se deben eliminar todas las barreras que impidan que las mujeres accedan a servicios de educación e información en salud sexual y reproductiva. La CEDAW ha hecho hincapié en que las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan especialmente a la mujer, constituyen una barrera para acceder al cuidado médico que las mujeres necesitan, comprometiendo sus derechos a la igualdad de género en el área de la salud y violando con ello la obligación internacional de los Estados de respetar los derechos reconocidos internacionalmente (Recomendación General N°. 24, para el cumplimiento del artículo 12 de la CEDAW-la mujer y la salud.)

La comunidad internacional también ha reconocido que la violencia contra las mujeres constituye una violación de sus derechos humanos y de sus libertades fundamentales y ha establecido específicamente el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia basada en el sexo y el género¹⁰⁸.

Las diversas formas de violencia de género, son una forma de violación de los derechos reproductivos de las mujeres puesto que repercuten en su salud y autonomía sexual y reproductiva. La violencia sexual viola los derechos reproductivos de las mujeres, en particular sus derechos a la integridad corporal y al control de su sexualidad y de su capacidad reproductiva, y pone en riesgo su derecho a la salud, no sólo física sino psicológica, reproductiva y sexual. Es así como el Comité de la CEDAW ha declarado, que “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la

105 Comité de Derechos Económicos Sociales y culturales, Observación General N° 14.

106 *Ibidem*.

107 *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 40° período de sesiones (14 de enero a 1° de febrero de 2008).* (CEDAW/C/BOL/2 a 4).

108 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Adoptada el 9 de junio de 1994 por la Organización de Estados Americanos, Art 3.

capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”¹⁰⁹.

La Convención de Belém do Pará, es uno de los instrumentos más importantes para la protección de los derechos de las mujeres ante las diversas formas de violencia a que están sometidas en los diversos espacios de su vida. Esta Convención ha determinado dos elementos que la hacen especialmente efectiva: una definición de violencia contra la mujer, que considera los actos de violencia como violatorios de derechos humanos y las libertades fundamentales, tomando en cuenta los abusos que ocurren tanto en el ámbito público como en el privado; y, el establecimiento de la responsabilidad del Estado por la violencia perpetrada o tolerada por éste dondequiera que ocurra.

De otra parte es importante destacar, que El Estatuto de Roma¹¹⁰ determina, entre otros asuntos, que la violencia y otros delitos reproductivos y sexuales están a la par con los crímenes internacionales más atroces, constitutivos en muchos casos de tortura y genocidio. Y, reconoce por primera vez, que las violaciones a la autodeterminación reproductiva de las mujeres, tanto el embarazo forzado como la esterilización forzada, se cuentan entre los crímenes más graves de acuerdo con el derecho internacional humanitario¹¹¹.

Respecto de los derechos sexuales y reproductivos, con fundamento en el principio de dignidad de las personas y sus derechos a la autonomía e intimidad, uno de sus componentes esenciales lo constituye el derecho de la mujer a la autodeterminación reproductiva y a elegir libremente el número de hijos que quiere tener y el intervalo entre ellos, como así lo han reconocido las diferentes convenciones internacionales¹¹².

La CEDAW ha determinado, que el derecho a la autodeterminación reproductiva de las mujeres es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Por ello constituyen graves violaciones a este derecho, la esterilización involuntaria y los métodos anticonceptivos impuestos sin consentimiento¹¹³. Igualmente han señalado los diferentes Comités¹¹⁴, que el derecho a decidir el número de hijos está directamente relacionado con el derecho a la vida de la mujer cuando existen legislaciones prohibitivas o altamente restrictivas en materia de aborto, que generan altas tasas de mortalidad materna.

109 Recomendación No. 19 relativa a la violencia contra la Mujer, Adoptada Durante el 11 periodo de sesiones, A/47/38 de 1992. Numera I 1.

110 Estatuto de Roma de La Corte Penal Internacional, Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional.

111 Estatuto de Roma de La Corte Penal Internacional, Artículo 7, Literal g.

112 CEDAW, Art 16, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art 3, Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 7.

113 Comité de la CEDAW, Recomendación general N°. 19, violencia contra la mujer Numeral 22.

114 Comité de la CEDAW, Recomendación general N°. 24 , mujer y salud, Numeral 31, Literal c, Comité de Derechos Humanos, CCPR/CO/80/COL, Comité de derechos del niño, Recomendaciones a Colombia del Comité de Derechos del niño/a: Octubre 16 de 2000.

Otros derechos sexuales y reproductivos, se originan en el derecho a la libertad de matrimonio y a fundar una familia. El derecho a la intimidad también está relacionado con los derechos reproductivos, y puede afirmarse que se viola cuando el Estado o los particulares interfieren el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva. Este derecho cobija el derecho que tiene el médico a respetar la confidencialidad de su paciente, y por lo tanto, sería violado si se le obliga legalmente a denunciar a la mujer que se ha practicado un aborto.

En cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación, la CEDAW consagra el derecho de las mujeres, a disfrutar de los derechos humanos en condiciones de igualdad con los hombres, y la eliminación de las barreras que impiden el disfrute efectivo por parte de las mujeres de los derechos reconocidos internacionalmente y en las leyes nacionales, así como la toma de medidas para prevenir y sancionar los actos de discriminación¹¹⁵.

Asimismo, el derecho a la educación y su relación con los derechos reproductivos pueden examinarse desde varios niveles: El acceso de las mujeres a la educación básica, a fin de que ella logre el empoderamiento en su familia y en su comunidad, y contribuya a que tome conciencia de sus derechos. Además, el derecho a la educación incorpora el derecho de las mujeres a recibir educación sobre salud reproductiva, así como a permitirle ejercer el derecho a decidir el número de hijos y espaciamiento de ellos de manera libre y responsable¹¹⁶.

En conclusión, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho interno de los países de la región como Estados democráticos que aplican los tratados internacionales de derechos humanos. Los derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social¹¹⁷.

La evolución que comenzó con el abordaje de los temas de salud sexual y reproductiva a través de la aplicación de leyes sobre delitos y penas, pasó a la aplicación de leyes sobre salud y bienestar. No obstante queda un largo camino por recorrer. Los principios de derechos humanos que son ampliamente respaldados e invocados, deben apoyar las iniciativas individuales y profesionales que buscan proteger y servir a la salud sexual y reproductiva de quienes buscan sus servicios, así como a los miembros de las comunidades a las cuales dedican sus vidas profesionales¹¹⁸.

115 Artículos 2, 3, 4, 13.

116 CEDAW, Art. 10.

117 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C 355 de 10 de mayo de 2006, MP Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

118 Cook Rebeca y otros, 2005, Salud reproductiva y derechos Humanos, Pág. 149, Oxford, Profamilia: Colombia.

Los sistemas legales de los países de la región, no tienen el mismo ritmo en estos temas, por ello en los siguientes apartes se realiza un análisis de la aplicación de la normatividad establecida en los países de estudio, respecto a la protección de los derechos sexuales y reproductivos, los obstáculos sociales como legales a los que se encuentran enfrentadas quienes buscan la exigibilidad de estos derechos, las practicas en los estrados judiciales, y los objetivos que deben marcarse para avanzar a su protección real y efectiva.

Caracterización del tipo de sentencias abordadas en este estudio

Los temas que más se abordan (Gráfico 1) respecto a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres dentro de las sentencias analizadas son: aborto 35.7% (5) y la anticoncepción de emergencia. 35.7% (5). Los otros temas que se evidencian son los tratamientos de fertilidad 7.1% (1), Educación sexual impartida en los colegios 7.1% (1), falla medica obstétrica 7.1% (1) y restricciones a la vida sexual 7.1% (1).



Argentina

La sentencia clasificada como favorable en este país analiza el caso de la distribución gratuita de la anticoncepción de emergencia¹¹⁹ dentro de la política pública de procreación responsable en una municipalidad. Argumentando que mediante esta se disfrazaban métodos abortivos con el nombre de anticoncepción de emergencia. El juzgado desestima el recurso, pues a pesar de no ser viable en análisis de constitucionalidad, se encuentra que la entrega gratuita del medicamento no va en contravía con la constitución.

119 Juzgado Civil y Comercial 5a. nominación de Rosario- Santa Fe, Mayoraz, Nicolás Fernando c/ Municipalidad de Rosario s/ Recurso Contencioso Administrativo Sumario, en Articulación Regional Feminista, en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=191&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=3>

En esta sentencia se hace un análisis incorporando la perspectiva de género, pues se tiene en cuenta la afectación diferencial de estas medidas sobre las mujeres, el juez de la causa considera de suma importancia la representación y participación de las mujeres dentro de un proceso de estas características, pues para el órgano decisorio, la opción que se elija tendrá consecuencias directas sobre la vida de las mujeres. “esta medida de distribución gratuita de métodos anticonceptivos es una ampliación efectiva de la esfera de ciudadanía de las mujeres que se lleva a cabo con el fin de garantizar el ejercicio pleno de un derecho”¹²⁰.

De acuerdo con lo anterior se resalta la sugerencia del tribunal de incluir una reforma legislativa “que permita una mayor posibilidad de participación dentro de estos procesos de todos los sujetos y organizaciones que puedan aportar perspectivas y argumentos que enriquezcan el debate y permitan una mejor defensa de todos los intereses que puedan verse afectados”¹²¹.

En el análisis probatorio se puede observar el tratamiento adecuado de los derechos sexuales y reproductivos que se circunscribe al campo de la salud y excluye apreciaciones de carácter moral. Así, teniendo en cuenta los estudios científicos que establecen que los medicamentos de anticoncepción de emergencia son previos al inicio de un embarazo, es decir anteriores a la fertilización e implantación, se concluye que no se logra demostrar la afectación al valor supremo de la vida, como se logra demostrar la afectación que se ocasionaría a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres si se prohibiera su distribución.

Es de gran importancia la mención de instrumentos proferidos por organismos internacionales como la OMS, para fundamentar la posición del tribunal, pues de esta forma se asume una concepción amplia del derecho a la salud desde una perspectiva de derechos humanos.

Lo anterior también se refuerza dentro de la sentencia haciendo mención de los demás instrumentos internacionales que establecen el derecho a la salud en general y a la salud sexual y reproductiva en particular.

Además de los derechos sexuales y reproductivos protegidos en la sentencia, se protege el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que la distribución del medicamento ya se encuentra permitida en el Estado, del que hace parte la municipalidad de Rosario, por ello lo que permite el decreto demandado es la distribución gratuita, realizando así una acción positiva en favor de las parejas y de las mujeres de escasos recursos que no puedan tener acceso a los mismos. Esto contribuye también con la cobertura del sistema de salud y la

120 Juzgado Civil y Comercial 5a. nominación de Rosario- Santa Fe, Mayoraz, Nicolás Fernando c/ Municipalidad de Rosario s/ Recurso Contencioso Administrativo Sumario, en Articulación Regional Feminista, en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=191&plconta mpl=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=8&cni3=3>

121 Ibidem.

búsqueda de la adecuación de las políticas públicas en este tema, que buscan la protección de la salud en todas sus dimensiones, así como la eliminación de la discriminación en contra de la mujer, lo que es acorde a la constitución y a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado al respecto.

Igualmente se ayuda a disminuir las barreras económicas, sociales y jurídicas para el acceso a la salud sexual y reproductiva, puesto que dentro de las sociedades existen obstáculos como la falta de alfabetización o de empleo que le niegan a las jóvenes alternativas a los embarazos y les reduce los medios económicos para acceder a los servicios de salud sexual y reproductiva. Es por ello que garantizar el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres pasa por la adopción de legislaciones que van en pro del bienestar de las mujeres, reconociendo su autodeterminación reproductiva y los derechos relacionados con su libertad y seguridad. Así se ha ido avanzando en la permisión legal para la interrupción del embarazo en la mayoría de los países de la región.

El segundo caso analizado, plantea la solicitud por parte de los padres de una menor de edad de la interrupción de su embarazo, producto de una violación, caso que llega a instancias judiciales, pues el hospital a donde se acudió se niega a practicar el aborto sin autorización judicial¹²². El tribunal otorga el amparo y se autoriza la interrupción del embarazo.

El tribunal que conoce el caso hace un análisis garantista de los derechos de la menor de edad, teniendo en cuenta que el embarazo de la niña fue realizado en contra de su voluntad, por lo que ha violentado su dignidad personal, su integridad física, moral e intimidad personal. El despacho reconoce el espectro amplio del derecho a la salud, al determinar que este incluye un estado de bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social; y en consecuencia de continuar el embarazo y la futura concepción, ocasionaría graves daños a la salud psíquica de la niña¹²³.

Es importante la visibilización que realiza el órgano decisorio del incumplimiento de la prestación del servicio de salud, pues pese a que el aborto en estos casos es permitido, los prestadores de salud suelen poner más requisitos que los establecidos legalmente, como en este caso lo hizo la institución de salud, al solicitar autorización judicial que no es necesaria en tanto que “el acto es lícito en el ejercicio de su profesión”¹²⁴. Esto evidencia la falta de conocimiento por parte del sector salud de la legislación, que trae como consecuencia la inaplicación de las leyes con el alcance que debían serlo en beneficio de la salud de las mujeres.

122 Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, M., G. L. y otra s/ Acción de amparo, en Articulación Regional Feminista, en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=425&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

123 Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, M., G. L. y otra s/ Acción de amparo, en Articulación Regional Feminista, en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=425&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

124 *Ibidem*.

La decisión judicial hace una apreciación de la salud como interdependiente al derecho a la vida y en consecuencia, la protección de la salud depende de la garantía de la vida misma en condiciones dignas. Así se está acorde con los avances de la normatividad internacional en donde se considera que el proyecto de vida puede verse afectado con la continuación de un embarazo que es incompatible con el diseño individual de dicho proyecto y condiciona también afectaciones a la salud de las mujeres.

De la misma forma se incluye el dolor psicológico o el sufrimiento mental asociado con la pérdida de integridad personal y la autoestima, causadas como en este caso, por un embarazo producto de una violación de un pariente cercano como lo es el abuelo de la niña.

Este caso evidencia la problemática en donde las adolescentes mujeres presentan un índice de vulnerabilidad mayor que los hombres, directamente relacionado con dificultades crónicas como la pobreza, la marginación, la ausencia de soporte social, problemas de accesibilidad a servicios adecuados de salud y la violencia sexual entre otras. Tiene en cuenta que las mujeres son más vulnerables a la violencia sexual y entre estas, las mujeres jóvenes y las niñas, además de ser víctimas de otras violencias, donde la mayoría de los agresores son personas conocidas por la víctima.

Se asume una lectura de la violencia como un problema de salud pública donde la violación y el abuso sexual causan traumas físicos y emocionales profundos, los cuales se agravan notoriamente cuando hay un embarazo producto de ello.

En el tribunal se evidencia una argumentación acorde con los instrumentos internacionales de derechos humanos concretamente la convención sobre los derechos del niño y el concepto de salud de la OMS. Se presentan también votos disidentes que reflejan concepciones restrictivas del derecho a la salud de la menor de edad, al señalar que su vida no está en juego, sino la del menor en gestación. Estos votos desconocen los efectos nocivos sobre la salud de la niña, si se llevara a término el embarazo de ella¹²⁵.

Otra de las decisiones analizadas, plantea la adopción de medidas que vulneran los derechos de una menor de edad que solicita la interrupción de un embarazo, producto de una violación¹²⁶. El tribunal decide declarar la nulidad de la resolución en donde el juez de primera instancia autoriza el aborto.

125 Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, M., G. L. y otra s/ Acción de amparo, Salvamento de voto Dr. Francisco Cerdera, Dr. Pablo Estrabou, en Articulación Regional Feminista, en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=425&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

126 Cámara Primera en lo Criminal de Río Negro, N. R. F. s/ Abuso sexual s/ Incidente solicitud interrupción embarazo s/ Apelaciones, en Articulación Regional Feminista, en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=874&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=1>

La decisión que se toma hace una interpretación restrictiva de los derechos de la mujer, que resulta en una desprotección de sus derechos y en una denegación en el acceso a la justicia.

Como primera medida se desconocen las implicaciones que conlleva una violación en la salud mental de la menor de edad y las agravaciones que trae consigo un embarazo. Asimismo se incurre en un trato cruel y degradante contrario a los derechos humanos de la niña al obligarla a continuar forzosamente con un embarazo producto de un acto de violencia sexual.

Se viola el debido proceso pues el defensor de la menor de edad, se aparta de sus pretensiones y contrario a defender los intereses de ésta, los vulnera al establecer argumentos en contra de la interrupción del embarazo lo que conlleva a una situación de desprotección y vulnerabilidad de la afectada. Se juzga a la niña al determinar que se estaba en contra de los intereses del que esta por nacer. Se realiza una actuación arbitraria al culpabilizar a una niña víctima de un delito de violación, se desconocen las connotaciones que tal acto puede producir en su salud mental y en su proyecto de vida.

Se solicita un pronunciamiento judicial sobre la responsabilidad por el delito de violación, requerimiento que interpone mayores obstáculos frente a la protección de los derechos de la niña puesto que ello implica un proceso penal que se prolongaría en el tiempo haciendo cada vez más gravosa la situación de ésta, ante la evolución del embarazo y que resultaría en todas las circunstancias en la negación del derecho, generando entonces que existiera en la letra, pero que en ningún caso pudiera ser efectivo. Los aspectos de investigación policial y de juicio penal no pueden obstaculizar el restablecimiento de la salud física o mental de la mujer, ni pueden agravar su victimización.

La otra decisión analizada¹²⁷ es atentatoria de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres por cuanto se hace una interpretación restrictiva del derecho a la salud de las mujeres solicitantes de tratamiento de fertilidad, en primera instancia se otorga la protección y se impone una medida cautelar. La demandada apela la decisión. La Cámara considera aceptar el recurso interpuesto por la entidad demandada y, revoca la protección otorgada.

En esta sentencia no se realiza la interpretación del derecho a la salud con interdependencia al derecho a la vida y la familia y hace que prevalezcan aspectos restrictivos del sistema de salud en donde tales tratamientos no se encuentran incluidos, desconociendo que en un Estado social de derecho, éste debe procurar la protección de los derechos fundamentales cuando ciertas medidas afecten su núcleo esencial.

127 Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma Buenos Aires - Sala I., P.M.E. y otros c/ObSBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/ Otros Procesos Incidentales en Articulación Regional Feminista, en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1121&plcontampi=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=8&cni3=1>

Teniendo en cuenta lo oneroso que resulta para un sistema de salud, el sostenimiento y mantenimiento de tratamientos de infertilidad, en la mayoría de los casos, los Estados han establecido que los sistemas de salud deben cubrir la prevención y no la cura de la infertilidad y en consecuencia no asumen las asignaciones de fondos para la reproducción médica asistida, solamente si la infertilidad conlleva a una afectación de la salud física o mental de la mujer, la jurisprudencia argentina ha afirmado que el Estado debe realizar las acciones necesarias para eliminar tal afectación.

Si bien el argumento anterior resulta lógico, en algunos casos puede contradecir disposiciones constitucionales que reconocen el derecho de las mujeres a escoger y tener el número de hijos que decidan. Esta disposición podría contener, obligaciones de hacer de los Estados tendientes a garantizar a las mujeres que han decidido concebir hijos o hijas un tratamiento de fertilidad.

Debe entenderse entonces que la atención en salud sexual y reproductiva comprende los tratamientos de infertilidad cuando se comprometen derechos fundamentales de los usuarios del servicio de salud.

Bolivia

En Bolivia el tratamiento de los derechos sexuales y reproductivos por parte de las instancias judiciales muestra grandes falencias. Se estudia un caso de solicitud de aborto terapéutico a una niña de 12 años que ha sido violada¹²⁸. En este caso la menor es violada por su padrastro, causándole un estado de embarazo, teniendo ella solamente 12 años. La fiscal interpone un proceso seguido por violación en contra de un hombre en perjuicio de una niña de 12 años, solicita que al amparo del Art. 226 del Código Penal, se practique Aborto Impune. El tribunal deniega la petición de aborto terapéutico.

Dentro de los argumentos esgrimidos en la sentencia se puede advertir que las interpretaciones realizadas a la normatividad nacional no se encuentran acordes con los estándares internacionales de derechos humanos que deben regir los ordenamientos internos.

El Tribunal señala que el Código de la niña, niño y adolescente, considera persona al concebido y que por tanto esta disposición impide la realización del aborto haciendo una interpretación restrictiva de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

El argumento del operador judicial podría debatirse, pues la protección de la vida del no nacido desde la concepción no obliga necesariamente a las mujeres a subordinar los intereses de su propias vidas a la vida de sus hijos no nacidos, pues serian derechos equiparables ya que existiendo un peligro

128 Juzgado 5°. de instrucción en lo Penal de El Alto. Resolución N° 551/2010, en Articulación regional feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=91.1&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

real y sustancial para la vida de la madre debe propenderse a la protección de ésta. Más aún cuando la normatividad nacional permite la realización de aborto terapéutico en casos de violación¹²⁹.

Cuando se realiza la ponderación de estos derechos se hace uso de las concepciones internas del juzgador, desconociendo la perspectiva de derechos humanos respecto de la salud de la menor de edad en sus ámbitos físicos, mentales y sociales. Así como la especial protección del Estado con la que deben contar las niñas y los niños.

Se observa como uno de los motivos principales para negar la solicitud de aborto la inexistencia de personal calificado que realice el procedimiento, lo cual se constituye como un incumplimiento respecto de las obligaciones internacionales contraídas en lo que tiene que ver con la atención de la salud reproductiva.

Como lo ha establecido el Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas, los países deben adecuar los estándares de derechos humanos, adecuando las leyes nacionales como respuesta a su compromiso de proteger los derechos relacionados con la salud sexual y reproductiva¹³⁰, siendo el Estado responsable de exigirles a los proveedores de servicios de salud que garanticen el acceso razonable de las mujeres al aborto seguro y a los servicios de salud relacionados según lo permita la ley.

La inexistencia de profesionales calificados para la práctica de los abortos terapéuticos, va en contra de los principios de disponibilidad y accesibilidad establecidos en la observación general N° 14 sobre la salud, que hace el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³¹.

Además en lo señalado en la recomendación general N° 24 sobre la mujer y la salud del Comité de la CEDAW¹³², se especifica que es obligación de los Estados parte adoptar medidas adecuadas de carácter legislativo, judicial, administrativo, presupuestario económico y de otra índole en el mayor grado que lo permitan los recursos disponibles para que la mujer pueda disfrutar de sus derechos de atención médica.

No puede pasarse por alto que el tipo penal establecido en la legislación boliviana resulta problemático al establecer que el aborto en casos de violación se realiza para ocultar la deshonra de una mujer, pues se realiza un trato discriminatorio, que refuerza la idea del valor de la mujer asociado a su pudor o su castidad, desconociendo los valores que deberían ser protegidos como la integridad física y la libertad sexual lo cual impide la debida protección legal a las víctimas de tales delitos y perpetua la discriminación.

129 El artículo 266 del Código Penal Boliviano despenaliza el aborto cuando el embarazo es consecuencia del delito de violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto, y también para evitar un peligro de la vida o la salud de la madre.

130 Comité de Derechos Humanos, recomendación general N° 14.

131 Comité de derechos Humanos, recomendación general N° 14.

132 Comité de la Cedaw, recomendación general N° 24 sobre la mujer y la salud.

Chile

La anticoncepción de emergencia se refiere a los métodos que pueden prevenir el embarazo cuando se ha tenido un coito sin protección; “La anticoncepción de emergencia puede ayudar a reducir los embarazos no planificados, muchos de los cuales resultan en abortos en condiciones de riesgo y perjudican gravemente la salud de las mujeres” es la opinión de Comité Directivo del Consorcio Internacional sobre Anticoncepción de Emergencia de la OMS¹³³. A pesar de lo anterior, en ciertos países se ha prohibido la distribución de estos medicamentos por considerar que tienen un efecto abortivo. Es el caso de Chile donde se declara inconstitucional el decreto que aprueba las normas nacionales sobre la regulación de la fertilidad, aduciendo que no existe certeza respecto a que la ingesta de la píldora no sea capaz de afectar la implantación de un óvulo fecundado, se considera al concebido no nacido, dentro de la categoría de persona¹³⁴.

En la sentencia analizada¹³⁵ integrantes de la cámara de diputados formulan requerimiento ante el Tribunal Constitucional solicitando la inconstitucionalidad de todo o parte del Decreto que aprueba las normas nacionales sobre regulación de la fertilidad. En ella se utiliza la normatividad internacional, específicamente la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el principio *pro homine* para darle prevalencia a la vida en gestación, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) se ha encargado de establecer jurisprudencialmente, que el artículo de la CIDH que protege la vida no supone una prohibición absoluta del aborto, ni establece una regla inflexible en cuanto al inicio de la protección al no nato. La sentencia no es coherente al incluir interpretaciones discutibles del derecho internacional pero al mismo tiempo omite disposiciones relevantes de la CEDAW y del Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas sobre aborto¹³⁶.

En el caso de referencia, se aplica la teoría de la duda razonable para sostener que no se ha probado que la píldora del día después no es abortiva, pero se omite reconocer que la anticoncepción de emergencia, no tiene como fundamento la protección del derecho a la vida del feto, sino la protección de los derechos de las mujeres, que han sido reconocidos en los tratados internacionales, ratificados por Chile y por la jurisprudencia de los órganos de control de esos tratados. Así, le da prevalencia el daño eventual que podría ocasionarse al embrión a la concreta afectación de los derechos de las

133 WHO/FRH/FPP/98, 19. Emergency contraception: a guide to the provision of services. New York; WHO/FRH/FPP; 1998.

134 Tribunal Constitucional, Requerimiento de Diputados para la declaratoria de inconstitucionalidad de “todo o parte” del Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, que aprueba las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, en Articulación Regional Feminista, en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=27&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

135 Ibidem.

136 Comité de Derechos Humanos, recomendación general, N°. 14, Comité de la CEDAW, recomendación general N°. 24 sobre la mujer y la salud.

mujeres que supone la prohibición de la distribución por parte del sistema de salud pública de la anticoncepción de emergencia.

Respecto a la valoración probatoria, se impone a la rama administrativa la carga de probar que los métodos de anticoncepción de emergencia no son abortivos, trasladando la carga de la prueba a la administración. Desconociendo que los vicios de validez que se imputen deben ser acreditados y la parte llamada a debe ser quien alegue los efectos riesgosos de los anticonceptivos, es decir los demandantes¹³⁷.

Ante los informes probatorios aportados y para definir la duda razonable, el tribunal constitucional renuncia a valorar el fundamento científico de las opiniones aportadas al indicar que no se puede cuestionar el raciocinio de quienes son expertos en la ciencia médica. No se hace una ponderación cuidadosa de los informes en contraste como lo advierten los votos de dos de los magistrados disidentes, pues indican que “En ese análisis se constata que la abrumadora mayoría de la evidencia científica es indiciaria de que los hechos ocurren de un modo contrario a la duda que se requiere acreditar para acoger este requerimiento; esto es, que la evidencia indica que los métodos anticonceptivos de emergencia que el Decreto ordena aconsejar y distribuir (píldora y Yuzpe) agotan su eficacia antes que la fertilización o concepción se produzca y que no tienen capacidad de interferir en las etapas posteriores de desarrollo del embrión”¹³⁸.

Adicionalmente el fallo afecta el derecho a la igualdad pues lo que se declara inconstitucional es su distribución gratuita más no su comercialización y distribución en Chile, lo cual para efectos prácticos significa que sólo las mujeres con recursos pueden acceder a la anticoncepción de emergencia, pues para declarar inconstitucional su comercialización se deben demandar las autorizaciones sanitarias que otorgaron su permiso de venta.

Esta clase de decisiones implica un retroceso respecto a la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, lo cual en suma podría representar un trato inhumano y degradante, negando el derecho a la maternidad de las mujeres reduciéndolo simplemente a un deber y trasladando la propiedad y la disposición del cuerpo de las mujeres al Estado, además es un fallo que tiene mayor afectación a mujeres pobres que serían en últimas las perjudicadas con esta decisión, pues la comercialización de la píldora no se restringe, sólo su distribución gratuita¹³⁹.

137 Revista derecho Chile http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502008000100007&script=sci_art-text

138 Tribunal Constitucional, Requerimiento de Diputados para la declaratoria de inconstitucionalidad de “todo o parte” del Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, que aprueba las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, en Articulación Regional Feminista, en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=27&plcontamp=3&aplicacion=app003&chl=3&opc=8>

139 “Píldora del día después”: Ley que distribuye fármaco es ambigua y ata de manos al Estado en Educación Sexual en : <http://www.radiotierra.cl/node/1935>

El otro de los fallos analizados¹⁴⁰, estudia la constitucionalidad del proyecto de ley sobre información y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad. Se solicita analizar la constitucionalidad del cuarto inciso del artículo 1° del proyecto de ley, que dispone la implementación de un programa de educación sexual que se obliga a desarrollar a los establecimientos educacionales de enseñanza media. El tribunal Constitucional declara la constitucionalidad de las disposiciones en el entendido que tal educación se impartirá conforme a los “principios y valores” de las instituciones, y si bien han de informar “sobre los diversos métodos anticonceptivos existentes y autorizados”, lo harán “de acuerdo al proyecto educativo, convicciones y creencias que adopte e imparta cada establecimiento educacional en conjunto con los centros de padres y apoderados”¹⁴¹.

En el mismo fallo se analiza si dentro del programa de educación sexual que debe desarrollarse en los centros de enseñanza se debe informar los métodos anticonceptivos incluyendo la anticoncepción de emergencia.

La ley que se estudia en sede de constitucionalidad busca revertir la polémica de la píldora de la anticoncepción de emergencia que se estableció en la sentencia examinada con anterioridad, pues en ella además de establecer el programa de educación sexual dentro de la enseñanza media, se incorpora una disposición que establece nuevamente la distribución gratuita de los medicamentos de anticoncepción de emergencia, que no se analizó en la sentencia, infiriéndose que se autoriza su distribución gratuita.

El tribunal constitucional sólo se pronuncia respecto al programa de educación sexual, declarando su constitucionalidad. Es decir que permite que se imparta el programa de educación sexual, de acuerdo como ya se señaló a los principios y valores de las instituciones educativas. En este fallo aunque se da relevancia al derecho a la educación sexual en los establecimientos educativos, reitera el carácter de abortivo de la anticoncepción de emergencia. La constitucionalidad se declara porque se encontró acorde con el principio de libertad de enseñanza y el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos e hijas. El desarrollo concreto del plan de educación sexual queda a libertad de cada establecimiento de acuerdo con sus “valores y creencias” lo que impide que un programa con perspectiva de género realizado por el gobierno pueda aplicarse en todos los establecimientos.

Las decisiones judiciales nacionales no pueden atentar contra principios y postulados internacionales, por ejemplo la recomendación general N°. 24 de la CEDAW sobre mujer y salud, exige que los Estados apliquen el derecho de las mujeres a no sufrir discriminación y en ese sentido proteger los distintos intereses de salud reproductiva de éstas, como los diferentes métodos

140 Tribunal Constitucional, Requerimiento de Cámara de Diputados sobre la inconstitucionalidad del proyecto de ley sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad. Rol 1.588-10-CPR.

141 *Ibidem*.

para evitar un embarazo no deseado o para tener partos y embarazos seguros¹⁴². Frente al tema de la educación, la misma recomendación establece que los Estados deben asegurar en condiciones de igualdad para hombres y mujeres el acceso a los servicios de atención médica, de información y de educación¹⁴³.

La medida anterior se incumple cuando a partir de la aplicación de una política no se proporciona una información completa, sino restrictiva de los derechos de las mujeres, ya que una educación sexual a los y las jóvenes debe realizarse no sólo con información sobre todos los métodos de planificación familiar, sino que debe contener información sobre igualdad entre los sexos, violencia y los derechos relativos a la salud sexual y reproductiva.

Para el caso concreto, se prioriza la autonomía de los colegios, respecto a la educación, lo que deja a libre disposición de estas instituciones la implementación de proyectos educativos conservadores, que pueden perjudicar el acceso a la información de los y las menores de edad, así como la autonomía de entregar visiones estereotípicas sobre la orientación sexual de las personas y otros temas, en los cuales los Estados democráticos respetuosos de la diversidad y los derechos humanos, deberían fijar directrices más claras, acordes con los estándares internacionales de derechos humanos.

Colombia

En Colombia se analiza la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional que despenalizó parcialmente el aborto dentro de tres causales: en los casos en que el embarazo fuera consecuencia de acceso carnal violento o abusivo, presentara peligro para la vida de la mujer o para su salud física y mental o hubiere malformación o procesos patológicos en el feto.

La Sentencia en estudio hace una distinción entre la vida como un bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental y para ello parte de reconocer que los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos.

No obstante esta decisión, indica que de las normas internacionales no se puede inferir una total despenalización del aborto, y que en ese sentido, sigue siendo un delito por fuera de las tres causales que se despenalizan. En todo caso, indica que el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe la ley tratarlas como tal, en lugar de considerarla y convertirlas en

142 Comité de la CEDAW, recomendación general N° 24, Numeral 12, Literal B.

143 Comité de la CEDAW, recomendación general N° 24, Numeral 13.

un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear¹⁴⁴.

La dignidad humana se constituye así, en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aún cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. Asimismo, el tribunal hace énfasis entre la diferencia entre la vida de la mujer y la vida del nasciturus que está por nacer, indicando que la protección del nasciturus no tiene el mismo grado e intensidad que la protección que se debe dar a la persona humana, es decir a la mujer. Situación a tener en cuenta en materia de despenalización del aborto¹⁴⁵.

Si bien es una despenalización parcial, la sentencia trae consigo una concepción desde los derechos humanos de los derechos sexuales y reproductivos, se realiza una inclusión de la especial posición de la mujer en la sociedad y el carácter relevante de su autodeterminación reproductiva, señalando que con la penalización absoluta se está incurriendo en actos discriminatorios que van en contravía de las obligaciones establecidas en los tratados internacionales y por tanto en las normas establecidas en la constitución.

Llevar el deber de protección estatal a la vida en gestación en estos casos excepcionales hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo, significa darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continúa o no con un embarazo no consentido¹⁴⁶.

Se considera relevante la interpretación del derecho a la vida realizada por la Corte de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, indicando que ni la Convención del niño, ni la Constitución Política establecen que el nasciturus sea una persona dentro del ordenamiento jurídico y por tanto sujeto de derechos y deberes.

Respecto a la protección desde el momento de la concepción que establece la Convención Interamericana de derechos humanos indica que ello no se puede entender como absoluto, debido a que ningún derecho es de carácter absoluto y en consecuencia es necesario “realizar una labor de ponderación cuando surjan colisiones entre ellos”¹⁴⁷.

144 Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006. M.P: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. En Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=60&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

145 Ibidem.

146 Ibidem.

147 Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006. M.P: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. En Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=60&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

Reiteró el alto tribunal que es necesario interpretar armónica y sistemáticamente los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, es decir, que un derecho reconocido en una convención no anula otros derechos consignados en la misma convención o en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.

Respecto a la condición de mujer y las especiales circunstancias que la afectan de manera diferenciada, es importante la distinción que realiza la corte de las afectaciones diferenciadas que tales circunstancias tienen sobre las mujeres.

En tal análisis establece que “hay situaciones que la afectan sobre todo y de manera diferente como aquellas concernientes a su vida, y en particular aquellas que conciernen a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción”¹⁴⁸.

Señala que la protección de la dignidad humana respecto de las mujeres contiene “las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o infringirle sufrimientos morales deliberados”¹⁴⁹.

La sentencia en estudio, analiza los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres desde una perspectiva de derechos humanos apoyándose en la normatividad internacional. Comparativamente se observa que los mismos argumentos que otros países de la región han aplicado para darle el carácter de absoluto a la protección del derecho a la vida del nasciturus, como es la protección que hace la CIDH, es abordado por la Corte constitucional colombiana para hacer otro análisis, recordando que ningún derecho puede tener el carácter de absoluto. Para ello analiza todos los instrumentos que protegen tanto la vida del no nato como los derechos sexuales y reproductivos de la mujer para realizar una ponderación clara de estos derechos.

Respecto a la objeción de conciencia señala que “no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Sólo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales o centros de salud..., que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia” y en consecuencia La objeción de conciencia de los/as profesionales médicos no podrá convertirse en barrera u obstáculo para la prestación oportuna del servicio solicitado Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) por la mujer gestante¹⁵⁰.

148 *Ibidem*

149 Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006. M.P: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. En *Articulación Regional Feminista*, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=60&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

150 *Ibidem*

La Corte deja claro que no es posible que los funcionarios judiciales hagan uso de la objeción de conciencia, pues las instituciones judiciales están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, así quien ha aceptado voluntariamente ejercer funciones como autoridad judicial adquiere el compromiso de velar por el estricto cumplimiento de la normatividad vigente¹⁵¹.

Dentro del trámite hubo intervenciones de organizaciones sociales y de instituciones del Estado. Aquellos que apoyan la penalización del aborto, afirman que las normas penales tienen como finalidad la protección del derecho a la vida del feto, derecho garantizado por el artículo 11 constitucional y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y que por esa razón son constitucionales. Las organizaciones que apoyan la despenalización del aborto, abogan por los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

La sentencia evidencia una realidad a la que no pueden ser ajenos los poderes públicos y que en consecuencia en los tres casos señalados las mujeres puedan acceder de forma oportuna a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo.

Sin embargo el camino es largo, puesto que en una sociedad donde no se reconoce los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres suelen ponerse obstáculos para que sus derechos no puedan ser realizados efectivamente. Ello se hace evidente en el informe de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer, en 2001, en donde se estableció que: “En Colombia el aborto sigue siendo delito punible con penas de entre uno y tres años de reclusión tanto para las mujeres que se someten a él como para los médicos que lo practican. En la ley no se prevén excepciones, ni siquiera en caso de violación, para salvar la vida de la madre o para evitarle perjuicios a la salud, graves y permanentes.

“El aborto es la segunda causa de mortalidad materna en Colombia, según el Servicio Colombiano de Comunicación y Pro Familia. La tipificación del aborto como delito tiene efectos discriminatorios para las mujeres pobres: mientras que las de nivel socioeconómico más elevado pueden conseguir abortos seguros, aunque ilegales, las que tienen ingresos bajos se ven obligadas a abortar de manera clandestina y peligrosa.

“Además, las mujeres pobres corren un mayor riesgo de embarazo debido a la falta de acceso adecuado a la educación sexual y los anticonceptivos. Aunque conforme al régimen de seguridad social el Estado debería poner en marcha programas especiales de información sobre salud reproductiva y la planificación de la familia en las zonas menos desarrolladas del país.

151. Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006. M.P: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. En Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=60&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

Según la información recibida de las organizaciones no gubernamentales, esos programas se suspendieron en 1997. Los observadores señalan que en los casos de aborto, en el parecer de los tribunales suelen reflejarse los argumentos de la religión católica y no puede decirse que aquéllos sean imparciales”¹⁵².

Por lo anterior al tener una herramienta como la Sentencia en cuestión, debe buscarse que el Estado y los entes prestadores de salud no sigan poniendo barreras a los derechos que ha reconocido la sentencia. Pues las objeciones de conciencia institucionales siguen presentes pese a que la sentencia fue clara en ello, las entidades prestadoras de salud dilatan los trámites y no dan informaciones claras a las usuarias, cuando se trata de la causal de violación imponen más requisitos que los que la sentencia indica. Es decir, además de la copia de la denuncia, en algunos casos se imponen otros requisitos como ecografías o dictámenes médicos que establezcan que las semanas de embarazo coincidan con lo establecido en la denuncia, presumiendo la mala fe de la mujer y victimizándola nuevamente al no encontrar una protección por parte del sistema de salud.

Independiente de las dificultades señaladas, la sentencia C-355 de 2006 se constituye como un precedente para los países de la región, que son extremadamente restrictivos en materia de aborto, ya que pese a despenalizar el aborto sólo en circunstancias excepcionales, abre el camino para el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, dejando sentando que las mujeres deben ser reconocidas mas allá de un medio para la procreación, como un fin es sí misma, capaz de decidir su propio proyecto de vida y optar cuando continuar con un embarazo y cuando no.

La otra de las sentencias colombianas analizadas es el Auto 2008-00256-00¹⁵³ en donde se suspende provisionalmente el Decreto 4444 de 2006, que reglamentaba la IVE, la objeción de conciencia, el pago de las IVE en el sistema de seguridad social, su inclusión en el POS¹⁵⁴ con cargo al prepuesto de las entidades territoriales o a la imposición de sanciones administrativas y el procedimiento aplicable sobre la materia. Se interpone proceso de nulidad contra el decreto en el marco del cual se solicita la suspensión provisional de este, como medida cautelar. En primera instancia se niega la solicitud pero al llegar al Consejo de Estado se revoca dicha decisión y se decreta la suspensión provisional del decreto como medida cautelar.

152 Informe de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de su misión a Colombia (1º 7 de noviembre de 2001), parágrafo 31.

153 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto 2008-00256-00 de 15 de octubre de 2009, CP Maria Claudia Rojas Lasso, en Articulación regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1229&plcontempl=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=8>

154 Plan Obligatorio de Salud.

El decreto se demanda, toda vez que el accionante argumenta que se esta reglamentando una sentencia, función ajena al ejecutivo, pues para que éste ejerza su potestad reglamentaria es presupuesto indispensable la existencia de una ley.

El Consejo de Estado acoge tales argumentos e indica que se hace necesaria la actividad del legislador ordinario para que el ejecutivo pueda ejercer su facultad reglamentaria como se establece en la Constitución, ya que no puede entenderse que la Sentencia hace las veces de ley.

A pesar de que esta decisión es acorde a derecho, lo reprochable son sus efectos, pues al no existir voluntad legislativa de reglamentar el tema, el ejecutivo no puede hacer uso de su potestad reglamentaria. Ello repercute en una talanquera para la exigibilidad de los derechos de las mujeres a la hora de solicitar un procedimiento de interrupción del embarazo dentro de los supuestos establecidos en la sentencia.

Dentro de las entidades del sistema de salud no existen procedimientos claros, se dan dilaciones de los trámites, remisiones innecesarias y en ultimas se evidencia una negación de los derechos de las mujeres que las obliga a arriesgar su vida al terminar sus embarazos por fuera del sistema de salud en condiciones inadecuadas; por ello se hace necesario que se ejerza presión en el congreso para que se impulse una ley que desarrolle las obligaciones establecidas en la sentencia y establezca una política clara en cuanto a los procedimientos que deben realizar las usuarias para acceder a estos servicios. Los prestadores de servicio involucran argumentos de tipo personal, moral o religioso, apartándose de sus obligaciones como prestadores de un servicio público.

Las barreras de tipo administrativo podrían ser eliminadas con disposiciones claras que reglamenten la discrecionalidad de los prestadores de servicio en los procedimientos de IVE, además la injerencia arbitraria de la opinión médica sobre la calificación de la causal y el reproche que se hace a las mujeres por las decisiones que sobre su cuerpo toman; que resultan determinantes en la limitación de la realización de sus derechos pues se realiza acciones de discriminación y estigmatización hacia ellas.

La decisión del Consejo de Estado se limita a analizar los cargos formulados que se constituyen como de forma, por ello se nota la ausencia de un análisis del contenido de la norma. Además no se hace referencia a los derechos de las mujeres, ni al marco especial de protección que protege sus derechos a nivel internacional, ni mucho menos se detiene a analizar los efectos que la suspensión del decreto traería consigo.

El tema de la anticoncepción de emergencia también fue analizado en Colombia por el Consejo de Estado mediante la Sentencia 2002-00251 de 2008¹⁵⁵ dentro de la cual si el Postinor 2 es un anticonceptivo o es un abortivo. El Consejo de Estado al estudiar los elementos de juicio del proceso y la información autorizada que se tiene sobre el medicamento, avala los fundamentos fácticos de la resolución acusada, estableciendo su carácter de anticonceptivo y no de abortivo.

En consecuencia no accede a las pretensiones del demandante, al no aparecer demostrada la vulneración del derecho a la vida, y demás normas invocadas en la demanda.

El Consejo de Estado analiza los efectos principio activo del fármaco levonogestrel y las propiedades del mismo conforme se indica en la resolución impugnada, y con base en un concepto emitido por el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses, varios documentos emitidos por la OMS, que clasifica el levonogestrel como anticonceptivo de emergencia. Señala que el efecto preventivo resulta de la acción negativa o retardante que tiene su principio activo sobre la migración o ascenso del espermatozoide en el útero, dificultando su encuentro con el óvulo, cuando ya ha habido ovulación; así como retardando la ovulación cuando ésta no ha tenido lugar en el momento del coito, hasta más allá del tiempo que puede sobrevivir el espermatozoide en el ambiente uterino¹⁵⁶.

Por ello, al estudiar las distintas fases que conducen al embarazo desvirtúa la tesis del demandante que se basa en la violación del derecho a la vida desde el momento de la unión entre los dos gametos, afirmando el Tribunal que no basta con el coito para que pueda hablarse de concepción —momento en el que puede invocarse el derecho a la vida—, ya que para llegar a aquella, se deben desencadenar una serie de etapas exitosas que se producen durante los 12 y 16 días siguientes a la relación coital: la inseminación, la fertilización o fecundación, la preparación de los espermatozoides, la concepción o fijación del óvulo fecundado en el endometrio que viene materializado en el embarazo, para continuar con la gestación¹⁵⁷.

Señala el Tribunal que el valor protegido de la vida humana empieza con la concepción, la cual ocurre por la implantación y equivale al embarazo, en tanto el Postinor 2 actúa antes de la implantación no puede hablarse de efectos abortivos sino anticonceptivos, pues el aborto se entiende médica y jurídica-

155 Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección primera, Sentencia 2002-00251 de 5 de junio de 2008, CP Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, en Articulación Regional Feminista, en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=129&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

156 *Ibidem*.

157 Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección primera, Sentencia 2002-00251 de 5 de junio de 2008, CP Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, en Articulación Regional Feminista, en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=129&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

mente como la interrupción del embarazo por causas naturales y deliberadamente provocadas¹⁵⁸.

Indica entonces que no emerge circunstancia que comporte violación de las normas jurídicas invocadas por el actor, en cuanto garantizan y protegen el derecho a la vida de todas las personas y del que está por nacer, puesto que las mismas protegen la vida en tanto está radicada como derecho humano y fundamental en sujetos naturales de derecho, y no la vida en abstracto, pues los derechos no existen en esa forma sino referidos a sujetos; por ello se identifican como derechos (de la persona humana, la mujer, del niño, etc.)¹⁵⁹.

Esta es una decisión ejemplarizante para los demás países de la región que usando el argumento de que la anticoncepción de emergencia es un abortivo, limitan su distribución. Este fallo acoge los argumentos científicos claros que indican que este medicamento es anticonceptivo. Sin hacer juicios de valor más allá del ámbito científico.

La decisión se apoya en la normatividad nacional respecto del derecho a la vida y en la normatividad internacional, en la CADH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶⁰.

No obstante se nota la ausencia de los instrumentos tanto nacionales como internacionales que reconocen los derechos humanos de las mujeres.

Ecuador

En Ecuador como en los demás países estudiados el tema de la anticoncepción de emergencia adquiere relevancia, pues en él convergen las concepciones más allá de la ciencia y del derecho para incluir prejuicios y concepciones androcéntricas dentro de las decisiones. Las decisiones estudiadas son restrictivas del autoconocimiento y manejo de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Es el caso que demanda el amparo constitucional contra la pastilla de prevención de emergencia¹⁶¹. Los demandantes argumentan que con ella se pone fin a un embarazo no deseado, contra expresas disposiciones constitucionales y penales. La Corte decide acoger los planteamientos de la demanda y ordena suspender definitivamente la inscripción del medicamento y certificado de registro sanitario de Postinor.

158 *Ibíd.*

159 *Ibíd.*

160 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

161 Corte Constitucional, Demanda amparo constitucional contra pastilla de prevención de emergencia, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=322&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

La Corte Constitucional acoge las pretensiones de los solicitantes, bajo la teoría de que el Postinor acaba con un embarazo y en ese sentido considera que, el más alto deber del Estado es la protección del derecho a la vida, que está garantizado por el artículo 49 de la Constitución, desde su concepción, y que constituye una piedra fundamental del Estado de Derecho y por tanto imperativo, indisponible e inderogable.

En Ecuador se opta por establecer la prohibición de la anticoncepción de emergencia, adoptando los argumentos acogidos en otros países de la región. La sentencia se basa en la falta de certeza respecto al momento en que empieza la concepción. Establece el derecho a la vida como absoluto, en perjuicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En ese sentido, se prioriza el daño eventual que podría causarse al embrión sobre la concreta afectación a los derechos de las mujeres que se produce con la prohibición de la distribución.

Incorre la Corte en las mismas falencias de la sentencia que prohíbe la distribución gratuita en Chile, mientras que la venta del medicamento no está prohibida, perjudicando con la medida a las mujeres pobres que no tienen los medios para acceder al mismo.

Es de resaltar que la sentencia¹⁶² no hace mención a ningún instrumento de carácter internacional para sentar su posición, limitando su decisión a la normatividad nacional que suele ser restrictiva y menos garantista en materia de los derechos de las mujeres. Se nota la ausencia de una perspectiva de género que visibilice el papel de la mujer en la sociedad y cómo los fenómenos de discriminación influyen en que estas no puedan decidir libremente sobre su cuerpo. Se incumple con los compromisos internacionales asumidos respecto a la eliminación de la discriminación y la violencia contra la mujer y contrariamente en este caso de la prohibición de la anticoncepción de emergencia la judicatura realiza acciones que agravan más esta situación y dejan a la mujer en una profunda desprotección, y perpetúa roles machistas que justifican la intervención del Estado y la sociedad en sus vidas y el efectivo goce de sus derechos.

Perú

La Sentencia Exp. N 01575-2007-PHC/TC¹⁶³ evidencia el panorama de restricción de derecho de las mujeres en estado de privación de la libertad, siendo esta una situación que agudiza los factores de discriminación y de restricción de los derechos de las mujeres, y que ubica a las mujeres en un nivel de alta vulnerabilidad. En el caso en estudio, una mujer reclusa solicita por intermedio de una acción de *habeas corpus* que se le conceda el derecho al beneficio

162 Corte Constitucional, Demanda amparo constitucional contra pastilla de prevención de emergencia, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=322&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

163 Tribunal Constitucional, Exp. N 01575-2007-PHC/TC, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=156&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

penitenciario de visita íntima, ya que el mismo le fue negado, argumentando que las reclusas por el delito de terrorismo no tienen acceso a este derecho. La reclusa encuentra vulnerados sus derechos fundamentales a la integridad personal y a la no discriminación por razón de género.

El tribunal declara fundada la demanda y en consecuencia ordena a la dirección del establecimiento penitenciario, que realice las gestiones administrativas necesarias para permitir las visitas íntimas a la mujer, si es que cumple con los requisitos del Reglamento del Código de Ejecución Penal, bajo condiciones de periodicidad, intimidad, salubridad y seguridad.

El tribunal constitucional haciendo uso del principio de dignidad humana indica que no es posible que los internos puedan ser tratados como instrumentos, en esa medida dada la situación de indefensión producto de la privación de libertad, el Estado debe realizar acciones positivas para que estas personas en la medida de lo posible, puedan hacer efectivos sus derechos. Indica que los internos no pueden ser sometidos a restricciones que no resulten necesariamente de las propias condiciones de la privación de la libertad.

A pesar de conceder el amparo a la mujer, el análisis se hace desde una posición neutra o desconocedora del género, recurre solo a argumentos desde la familia, pues indica que al garantizar la visita íntima está protegiendo el derecho a la familia, lo cual hace ver estereotipos de género en donde no se considera a la mujer como un ser individual y como fin en sí misma sino como medio para la reproducción, banalizando los derechos de libre desarrollo de la personalidad de la mujer y el ejercicio pleno de sus derechos sexuales y reproductivos.

Se destaca la mención de los compromisos internacionales respecto a la realización de políticas públicas de prevención del embarazo dentro de los sistemas carcelarios, recordando el deber de implementar un programa de educación sexual para que sean las propias internas las que tengan un conocimiento informado sobre cómo poder ejercer sus derechos sexuales y reproductivos de una manera responsable, incluyendo mecanismos de planificación familiar contemplados por la legislación peruana¹⁶⁴.

Uno de los magistrados al aclarar su voto indica que la concesión de la visita íntima repercute en la disminución de la sexualidad, el lesbianismo situacional y los casos de violaciones sexuales en las cárceles, que engendran su propia patología¹⁶⁵. Es decir que considera las orientaciones sexuales hacia el mismo sexo como disfuncionales, además criminaliza a las personas privadas de la libertad. Se evidencia en estos argumentos que el magistrado está de acuerdo con la solicitud, por ser una solicitud heterosexual, no obstante,

164 Tribunal Constitucional, Exp. N 01575-2007-PHC/TC, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=156&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

165 *Ibidem*.

podría advertirse una decisión distinta si se hubiese solicitado visita por una pareja del mismo sexo. En esa medida la concepción de la visita íntima no se ve desde una integralidad de derechos que deben ser reconocidos por su condición de mujer y de persona sino para salvaguardar los valores de la familia, instrumentalizando a la mujer no desde sujeta sexuada individual, sino con una función sexual en la lógica familiar.

El fallo se fundamenta en normatividad nacional del régimen penitenciario y del código penal. Se advierte la ausencia de acciones diferenciadas hacia las mujeres reclusas. Su fundamentación en instrumentos internacionales la hace desde el sistema universal y el sistema interamericano. Este último respecto de la CADH y jurisprudencia relativa al tratamiento de los reclusos.

El voto de otro de los magistrados se fundamenta en la consagración internacional de los derechos reproductivos haciendo énfasis en el Estatuto de Roma y el derecho de los padres a escoger el número de hijos que desean tener¹⁶⁶, no obstante se hace desde una perspectiva que no incluye el enfoque de género ni las especiales consideraciones que respecto al tema se han hecho en los tratados y recomendaciones internacionales.

La otra sentencia estudiada en Perú es la Sentencia Exp. N° 2005-2009-PA/TC¹⁶⁷, emitida por el Tribunal Constitucional.

En dicha sentencia se analiza la demanda de amparo interpuesta contra el ministerio de Salud con el objeto de que dicha dependencia estatal se abstenga de iniciar el programa de distribución gratuita de la denominada “Píldora del Día Siguiente”, así como de proporcionar información sobre los distintos métodos anticonceptivos. La primera instancia declara fundada la demanda. La Corte Superior de Justicia de Lima, en segunda instancia, confirma los cargos. Sólo revoca el cargo en cuanto a la vulneración del derecho de la información. En consecuencia ordena al Ministerio excluir la píldora de los programas de planificación familiar.

En esta instancia, se hace mención a la autodeterminación reproductiva de la mujer de una manera tangencial. No obstante privilegia la vida en gestación argumentando que esta debe ser protegida desde la concepción basándose en la normatividad internacional, específicamente la CADH (Art. 4).

No obstante, la argumentación del fallo es cuestionable pues sólo hace mención a este aspecto sin hacer referencia a los derechos de la mujer que se encuentran igualmente consagrados en la normatividad internacional. Adicionalmente la jurisprudencia internacional ha señalado que consagrar la protección de la vida desde la concepción no implica que este tenga que

166 Tribunal Constitucional, Exp. N 01575-2007-PHC/TC, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=156&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

167 *Ibidem*.

ser reconocido como un derecho absoluto en perjuicio de los derechos de las mujeres.

Los derechos de las mujeres y su protección internacional sólo son mencionados por uno de los magistrados disidentes que considera relevante las obligaciones que éstos instrumentos incluyen para la resolución del caso¹⁶⁸.

En este caso como en otros de los países de la región, lo que se discute es la distribución gratuita del medicamento y no su comercialización. En esa medida quienes resultan directamente afectadas son las mujeres que no cuentan con los medios para adquirir el medicamento por fuera del sistema de salud. Así el propósito de la decisión no es que las mujeres no puedan hacer uso de la anticoncepción de emergencia por su carácter de abortivo sino que las mujeres pobres no pueden acceder a este servicio, ahondando la discriminación en doble vía, por razones de género y de pobreza.

Se destaca el salvamento de voto de dos de los magistrados donde se indica que dentro de la política nacional debe haber un reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Por ello consideran viables los métodos en cuestión, siempre y cuando cumplan con los estándares médicos de calidad, eficiencia, seguridad e información¹⁶⁹.

Señalan igualmente los salvamentos, que la anticoncepción de emergencia no sólo no es abortiva sino que no afecta el embrión y en consecuencia se ha declarado la inconstitucionalidad del medicamento con información desactualizada, pretendiendo paralizar una medida de salud pública que ya fue analizada y decidida con anterioridad.

Adicionalmente indican que resulta contradictorio que la única manera de poder acceder a estos medicamentos sea contando con recursos económicos y que este vedada para aquellos que por no contar con recursos económicos no puedan ejercitar su derecho a escoger el método anticonceptivo de su elección.

En esta sentencia también se resuelve la inconstitucionalidad ante la duda razonable, es decir que al no tener certeza respecto a los efectos anticonceptivos u abortivos se resuelve a favor a una posible vulneración a la vida del no nato, pues existen estudios científicos que le dan el carácter de anticonceptivo y a su vez otros que le dan el carácter de abortivo.

Conclusiones

Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres deben considerarse desde una perspectiva de derechos humanos y en consecuencia los Estados

168 Tribunal Constitucional, Exp. N° 2005-2009-PA/TC, en Articulación Regional Feminista, en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=571&plcontempl=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=8>

169 Tribunal Constitucional, Exp. N° 2005-2009-PA/TC, en Articulación Regional Feminista, en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=571&plcontempl=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=8>

tienen deberes y obligaciones específicos. Y es allí donde las y los operadores judiciales asumen un papel relevante en la protección de estos derechos, toda vez que están en estrecha conexión con la vida, la salud y los derechos a la libertad, libre desarrollo de la personalidad, la autonomía, la información, intimidad y la privacidad, la dignidad humana y a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes.

La anticoncepción de emergencia en la mayoría de los países de la región fue prohibida, con interpretaciones de los instrumentos de derechos humanos literales y parcializados notándose la ausencia del análisis de la protección a los derechos de la mujer.

Los operadores judiciales al momento de impartir justicia deben tener en cuenta el concepto de justicia distributiva basado en el principio de igualdad, además deben apropiarse del concepto de equidad de género que en el campo específico de la salud, implica la ausencia de disparidades innecesarias evitables e injustas entre mujeres y hombres.

Significa que las mujeres y los hombres tienen la misma oportunidad de gozar de las condiciones de vida y servicios que les permitan estar en buena salud, sin enfermar, atendiendo la discapacidad y garantizando no morir por causas injustas y evitables¹⁷⁰.

Una concepción garantista de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres implica reconocer la autonomía de la mujer para tomar decisiones sobre su salud acorde a su proyecto de vida y no verla como un simple medio de reproducción para la perpetuación de la familia.

En los casos estudiados la valoración probatoria en la mayoría de los países es sesgada y hacen un mal uso de la duda razonable para sustraerse de realizar el análisis debido.

El reconocimiento de los derechos sexuales de las mujeres desde una perspectiva de derechos humanos debe ir directamente relacionado con las reivindicaciones que deben lograrse en la sociedad para que estos fallos vayan cambiando la concepción que se tienen respecto a la autodeterminación reproductiva de la mujer, los ámbitos que incluyen el derecho a la salud de éstas y los elementos estructurales que han permitido que la discriminación hacia la mujer influya en el no reconocimiento de sus derechos sexuales y reproductivos.

V. DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Marco conceptual y jurídico

Diferentes instrumentos tanto del sistema universal como del sistema americano consagran el derecho a la participación política. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 21 que:

- ♦ Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
- ♦ Toda persona tiene derecho a acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país
- ♦ La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esa voluntad se expresa mediante elecciones auténticas que abran de celebrarse periódicamente por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto¹⁷¹.

Por su parte el PIDCP contiene en su Artículo 25: *Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:*

- ♦ Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- ♦ Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- ♦ Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

En el sistema interamericano la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre señala en su artículo XX, que toda persona legalmente capacitada, tiene derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuino, periódico y libre.

La CADH en su artículo 23 establece:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

171. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

- a. De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b. De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y
 - c. De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal¹⁷².

No obstante esta consagración, las características humanas consideradas “femeninas” y “masculinas” asignan roles y espacios a partir de los sexos. Tradicionalmente, las labores domésticas, el espacio de la casa, el cuidado de la familia han sido asignadas a las mujeres; mientras que el trabajo remunerado y la política han sido actividades socialmente asignadas a los hombres. Los estudios han permitido constatar que en las relaciones entre hombres y mujeres, las mujeres han estado sistemáticamente subordinadas, y que todo lo que se identifica con lo femenino ha tendido a ser subvalorado¹⁷³.

Por ello, el artículo 7 de la CEDAW establece: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular garantizando, en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a:

- a. Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas;
- b. Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales;
- c. Participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país”¹⁷⁴.

172 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), adoptada el 22 de noviembre de 1969 por la Organización de los Estados Americanos.

173 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, El derecho a la participación política de las mujeres ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Apuntes sobre la igualdad, Pág. 4, en <http://www.ife.org.mx/docs/IFE-v2/DECEYEC/DECEYEC-IFEMujeres/Mujeres-Participacion/MujeresParticipacion-estaticos/Participacion/Participacion3ro/Elderechoalaparticipacionpolitica.pdf>

174 Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

El artículo 8 señala que: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar a la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna, la oportunidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales.”

El artículo 4° de la CEDAW proporciona una importante pauta para comprender la base jurídica para la adopción de medidas especiales de acción afirmativa concebidas con el propósito de promover la participación política de la mujer. En la parte pertinente, indica que:

La adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se haya alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

Este artículo reconoce que, aún en los casos en que se otorga igualdad a la mujer como una cuestión de derecho, esto no equivale a una garantía de igualdad de oportunidad y trato. Se permite la adopción de medidas especiales para corregir las condiciones persistentes de discriminación de hecho mientras tales condiciones persistan y hasta que se alcance la igualdad de oportunidad. Se debe destacar que, en tales circunstancias y cuando se lo implemente, de acuerdo con lo requerido, el artículo 4° dispone, como una cuestión de derecho, que estas medidas no constituyen discriminación.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer hizo énfasis en la distinción entre la igualdad formal y la igualdad de hecho y en el papel de las medidas especiales de carácter temporal en su recomendación general N°. 5. El Comité indica que, “si bien se han conseguido progresos apreciables en lo tocante a la revocación o modificación de leyes discriminatorias, sigue existiendo la necesidad de que se tomen disposiciones para aplicar plenamente la Convención introduciendo medidas tendientes a promover de facto la igualdad entre el hombre y la mujer”. En consecuencia, recomendó “que los Estados partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cuotas para hacer que progrese la integración de la mujer en la educación, la economía, la política y el empleo

En su observación general N°. 25, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas analizó la adopción de estas medidas especiales en relación al derecho de todo ciudadano a la participación política en términos de igualdad, consagrado en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por su sigla en inglés). Como una cuestión general, el Comité señaló que “Cualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 deberán basarse en criterios

objetivos y razonables”¹⁷⁵. A su vez, para garantizar la igualdad de acceso a los cargos públicos, es necesario que: “Los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución [a/de cargos públicos] deben ser razonables y objetivos. Podrán adoptarse medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades en los casos apropiados a fin de que todos los ciudadanos tengan igual acceso”¹⁷⁶.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer hizo un análisis más completo de la relación entre el derecho de la mujer de participar en el gobierno y la necesidad de adoptar medidas especiales de carácter temporal en su recomendación general N°. 23. “las esferas pública y privada de la actividad humana siempre se han considerado distintas y se han reglamentado en consecuencia. Invariablemente, se han asignado a la mujer funciones en la esfera privada o doméstica, vinculadas con la procreación y la crianza de los hijos mientras que en todas las sociedades estas actividades se han tratado como inferiores. En cambio, la vida pública, que goza de respeto y prestigio, abarca una amplia gama de actividades fuera de la esfera privada y doméstica. Históricamente, el hombre ha dominado la vida pública y a la vez ha ejercido el poder hasta circunscribir y subordinar a la mujer al ámbito privado”¹⁷⁷.

Por su parte la CortelDH ha afirmado que los derechos políticos deben ser garantizados en condiciones de igualdad¹⁷⁸, lo que indica que el artículo 23 de la CADH debe ser interpretado en conexión con el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta la indivisibilidad e interdependencia con la que cuentan los derechos humanos.

Ha indicado también la CortelDH, que los Estados no solo deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas a crear situaciones de discriminación formales o materiales, sino que además deben adoptar medidas positivas para revertir o cambiar las situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas¹⁷⁹.

Varios países de América Latina han introducido medidas de acciones afirmativas para promover la inclusión de mujeres en las listas electorales. Argentina (1991), Bolivia (1997), Brasil (1997), Colombia (2000), Costa Rica (1996), Ecuador (1997), Honduras (2000), México (1996), Panamá (1997), Paraguay (1996), Perú (1997), República Dominicana (1997) y Venezuela (1998) tienen leyes de cuotas para garantizar que haya un porcentaje mínimo de mujeres candidatas en las listas al parlamento. Constituyéndose en acciones afirmativas para promover la participación política de las mujeres, quienes han sido excluidas históricamente de la vida pública¹⁸⁰.

175 Comité de Derechos Humanos, Recomendación general N°. 25, Numeral 4.

176 Comité de Derechos Humanos, Recomendación general N°. 25, Numeral 23.

177 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer Recomendación General N° 23.

178 Sentencia de 23 de junio de 2005, párrafo 194.

179 CortelDH, Condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados, OC 18/03 párrafo 88.

180 Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del sistema interamericano, Pág. 292.

Pueden mencionarse dos casos que fueron admitidos por la CIDH que tratan el tema, uno de ellos culminó con una solución amistosa (María Merciadri vs Argentina) y el otro probablemente acabe de la misma forma (Janet Espinoza Feria y otras vs Perú). Estos casos son interesantes porque evidencian las barreras para la participación política de las mujeres, y porque permitieron establecer que la CIDH es competente para conocer las presuntas violaciones a los derechos de las mujeres ante el incumplimiento de normas sobre cuotas electorales. En ambos, se alegó la vulneración de derechos reconocidos en la CADH, principalmente, los derechos a la igualdad, no discriminación y participación política, regulados en los artículos 1.1, 23 y 24 de la referida Convención¹⁸¹.

En el primero de los casos la señora Merciadri sostuvo que el partido político Unión Cívica Radical de la Provincia de Córdoba había violado la ley de cupo al conformar de común acuerdo entre sus dirigentes la lista de seis candidatos a diputados nacionales, colocando el puesto tercero y sexto a dos mujeres sin tener en cuenta que el partido solo renovaba a cinco diputados nacionales. La impugnación interpuesta por la mujer fue rechazada al aceptar la excepción de falta de legitimación para actuar al aducirse que carecía de interés propio por no haber sido candidata.

En el segundo de los casos en el marco del proceso de elecciones generales del Perú en 2001 el jurado nacional de elecciones fijó en tres de los veinticinco distritos electorales del país una cuota menor al 30% de mujeres establecido por la correspondiente ley de cuotas. Las solicitudes efectuadas para la modificación de las listas fueron declaradas improcedentes ignorando la naturaleza de las acciones afirmativas a las que está obligado el Estado a cumplir.

Según el IIDH¹⁸² la experiencia en la aplicación de las cuotas electorales en América Latina demuestra que para lograr que haya más mujeres electas no sólo es importante el porcentaje de la cuota y que las normas incorporen un mandato de posición sino que también es importante el sistema electoral que se tenga.

El compromiso de los Estados con la democracia representativa exige la aprobación de medidas que hagan posible la elección de mujeres, lo que incluye la adopción de un sistema electoral que favorezca la presencia de mujeres en puestos de decisión sujetos a elección. Lo anterior debe cobrar relevancia, puesto que para las mujeres es difícil acceder a un cargo de representación y más difícil aún permanecer en él o ascender a uno de otro orden. De esta forma se identifican ciertos aspectos comunes como característicos de las relaciones generadas entre las mujeres y la política.

181. IIDH, Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del sistema interamericano, Pág. 292.

182. *Ibidem*. Pág. 295.

Según Bernal¹⁸³ se han logrado identificar tres tipos de obstáculos que caracterizan las dificultades y obstáculos particulares que encuentran las mujeres que deciden participar en política:

1. Obstáculos de partida, que consisten en la carencia de las mujeres de una serie de destrezas, conocimientos y oportunidades para entrar en el juego político en igualdad de condiciones con los hombres y que son resultado de la socialización diferencial de hombres y mujeres.
2. Obstáculos de entrada, que son los impuestos por la cultura en términos de los estereotipos sobre las esferas de acción y los papeles que deben cumplir las mujeres y que las aleja del mundo de lo público.
3. Obstáculos de permanencia, que encuentran las mujeres una vez han logrado entrar en la política y que son las características y dinámicas mismas del quehacer político en nuestro país, con las que estas mujeres muchas veces no se sienten identificadas y se constituyen en la razón principal por lo que la mayoría decide retirarse a la esfera privada o al trabajo comunitario.

Caracterización del tipo de sentencias abordadas en este estudio

El tema del derecho a la participación política de las mujeres no es muy tratado en los estrados judiciales de los países de la región. Evidencia de ello es que sólo se encontraron siete sentencias que abordan el tema. De Bolivia y Chile no se hace análisis, pues no se encontraron sentencias al respecto.

Los temas analizados se circunscriben a la ley de cuotas o ley de cupos que opera en la mayoría de los países de la región, tanto en niveles locales como nacionales, permitiendo identificar que los partidos políticos y los órganos electorales no se han apropiado de la obligación que tienen de garantizar la igualdad en materia de participación política y por esto son precisamente ellos quienes han incumplido las leyes de cuotas.

Así, a pesar de existir este tipo de leyes no existen mecanismos idóneos para regular el cumplimiento de estas disposiciones. Dentro de los procesos dificulta el carácter cerrado que se le da a la legitimación por activa, cuando algunos jueces establecen que sólo quienes son candidatas pueden exigir que se cumpla la ley de cupos.

Argentina

En Argentina un grupo de mujeres y varones promueve una acción de amparo tendiente a que se condene a los poderes públicos de la Provincia

183 Bernal Olarte Angélica, *Mujeres y Participación Política local: El desencanto por la política o la nostalgia por lo comunitario*, Tesis de Maestría, Maestría en Estudios Políticos, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI) Universidad Nacional, Bogotá, 2004

de Jujuy a arbitrar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos a una igualitaria participación de las mujeres en los cargos electivos en todo el territorio provincial, estableciendo en las normas que rigen el proceso electoral el sistema denominado de cupos o cuotas¹⁸⁴. El tribunal acoge 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”¹⁸⁵.

Los demandantes indican que no se dispone de mecanismos legislativos que hagan efectivos tales mandatos y que garanticen la participación de las mujeres en igualdad de condiciones con los candidatos varones en las listas de los distintos partidos políticos. Señalan igualmente que es contrario a las normas del sistema electoral nacional que la ley provincial no prevea en sus disposiciones la participación equivalente de géneros.

El análisis que realiza el tribunal es fundamentado en la normatividad de carácter internacional que establece las medidas afirmativas que deben realizar los Estados para que las mujeres puedan ejercer su derecho a la participación política en igualdad de condiciones con los hombres, en esa medida indica que “con la existencia de tratados internacionales que avalan la pretensión del accionante, es igualmente oportuno recordar que la Convención de Viena sobre los derechos de los tratados confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno y como dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La Convención es un tratado internacional constitucionalmente válido que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional sobre el propio derecho interno”¹⁸⁶.

Es importante resaltar los argumentos de la CSJN al indicar que “aún cuando ha mediado sucesivas iniciativas legislativas en nuestra provincia, no se ha concretado la sanción legislativa respecto al establecimiento de acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y el régimen electoral para garantizar efectivamente la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos directivos”¹⁸⁷.

En esa medida mas allá de declarar la suspensión de la normatividad acusada, la CSJN advierte que es deber del legislativo desarrollar las obligaciones que a nivel programático trae la constitución y la ley al respecto, para que con

184 Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Jujuy, Zigarán, María Inés, Sandoval, Patricia y otros c/ Estado Provincial s/ amparo, en Articulación Regional Feminista, en: <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=788&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

185 *Ibidem*.

186 *Ibidem*.

187 *Ibidem*.

ello los diferentes niveles estatales puedan aplicarlas y los jueces puedan tener parámetros de cumplimiento adecuados.

Ello advierte que si bien se han ratificado los tratados internacionales que garantizan la participación política de la mujer y que existen leyes que establecen tales principios a nivel nacional. Las obligaciones de adecuar todos los cauces dentro del Estado para que estas se cumplan no se han realizado, lo que en últimas resulta en que las obligaciones no se hagan efectivas.

Pese a éste obstáculo es evidente la contradicción de la ley demandada con la constitución y por ello se hace necesario que la ley introduzca una participación de la mujer que respete las directrices de la ley de cupo.

En el otro caso analizado¹⁸⁸, los demandantes indican que se habría incumplido lo dispuesto por el Art. 18 de la ley 23.551, norma que exige un porcentaje del 30% de representación femenina en los cargos electivos en la elección de la Comisión Directiva y Revisora de Cuentas del Sindicato de Obreros y Empleados Municipales de San Miguel de Tucumán, llevada a cabo el día 20 de diciembre de 2005.

El tribunal no acoge las pretensiones de la demanda al indicar que “no se probó la afectación de su derecho puesto que no surge que en el padrón electoral las mujeres sean o superen el 75% del mismo”¹⁸⁹. Fundamenta su decisión expresando que “La exigencia de que exista un 30% de integrantes femeninas en las listas, sólo es requerible cuando la cantidad de mujeres alcance o supere ese porcentual tomado sobre el total de los trabajadores del sector representado por el sindicato de que se trate. Para aquellos casos en que el total de mujeres trabajadoras no alcanza el 30% sobre ese total, el porcentual de integrantes femeninas en las listas debe ser reducido proporcionalmente”¹⁹⁰.

Si bien lo aludido por el tribunal puede estar acorde a derecho, impone cargas probatorias muy altas a las demandantes, al establecer que ellos tuvieron que fijar cuál era el porcentual mínimo de mujeres que debían integrar en las listas de candidatos a las elecciones sindicales. Indica que debió entonces determinar cuál era el total de empleados y cuantas personas de ese total son mujeres¹⁹¹.

La dificultad que se presenta sólo es el resultado de la falta de regulación de las normas que establecen el cupo femenino pues como los mandatos son muy amplios, se deja a discreción del intérprete la intención de la norma, inter-

188 Corte Suprema de Justicia, de la Sala en lo Laboral y Contencioso Administrativo- casación Tucumán, Lista Celeste vs. Junta Electoral del Sindicato de Obreros y Empleados Municipales de San Miguel de Tucumán s/ Amparo, en Articulación regional feminista, en: <http://demo50.advserver.com/a2/index.cfm?fuseacti on=MUESTRA&codcontenido=1139&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

189 Ibidem.

190 Ibidem.

191 Ibidem.

pretaciones que en ocasiones pueden resultar restrictivas de los derechos de las mujeres. A través de este fallo se observa que no existe certeza de cómo hacer efectiva la norma, lo cual en la práctica se concreta en un desconocimiento de sus mandatos.

Colombia

En Colombia sólo se encuentra una Sentencia¹⁹² y es la que estudia la constitucionalidad del proyecto de ley que establece las cuotas dentro del sistema político nacional. La Corte decide acoger la Constitucionalidad del Proyecto.

En esta sentencia se hace un análisis desde una perspectiva de la posición de la mujer en la sociedad. Así a partir de estadísticas de la situación de la mujer en los ámbitos educativo: número de graduados de educación superior, promedio años 1990 a 1997; político: participación de las mujeres en la rama legislativa y porcentaje de mujeres que habían ocupado los cargos de Presidenta y Vicepresidenta en el periodo 1991-2000; judicial: porcentaje de mujeres en las altas cortes en el periodo 1992-2000; la rama ejecutiva: porcentaje de mujeres ministras y viceministros en el periodo 1990-2000 y porcentaje de inscritos en la carrera administrativa. Llega a la conclusión “que a pesar de existir un claro equilibrio entre la población femenina y la masculina calificada para acceder a los más altos niveles decisorios, tal equilibrio no se refleja en la efectiva representación de uno y otro en dichos niveles”¹⁹³

La Corte Constitucional señaló que la cuota de mujeres buscaba aumentar, en corto tiempo, la participación de la mujer en los cargos directivos y de decisión del Estado, de manera que poco a poco se llegara a una representación equitativa. Además, con la cuota se buscaba habituar a las autoridades nominadoras a que seleccionaran a las mujeres en los cargos referidos, es decir, corregir el sistema mismo de selección, que continuaba parcializado en detrimento de la población femenina. Lo cual encuentra sustento constitucional en los artículos 1, 2, 13, 40 y 43.

Se resalta el señalamiento que hace la Corte respecto a una de las finalidades de las cuotas, las cuales resultan adecuadas para contrarrestar las causas que generaban la sub representación de la mujer en tales empleos, pues una de esas causas era la larga tradición patriarcal, en virtud de la cual, se había considerado que el papel de la mujer correspondía principalmente a la esfera privada. Adicionalmente señala que el ingreso de las mujeres a las instancias de decisión abriría un campo para que se propusieran y diseñaran políticas que favorecieran a la población femenina en su conjunto. De esta forma, no sólo las mujeres mejor situadas se beneficiarían

192 Corte Constitucional , Sentencia C-371 de 29 de marzo de 2000, MP: Carlos Gaviria Díaz, en Articulación Regional feminista, en: <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=78&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

193 Ibídem.

con la medida, sino también otras que por su condición económica, social o educativa, no podían acceder a los centros de poder¹⁹⁴.

Además, la Corte hace énfasis que el acceso a espacios de decisión no depende de la educación que tengan las mujeres, porque se ha demostrado que estando ellas más preparadas existen obstáculos que no les permiten llegar a este tipo de cargos. Por ello indica “que el estímulo a la educación de las mujeres, que se impone, además, para toda la población en general, es sin duda esencial, pero con ello no se garantiza de manera eficaz el punto de llegada, o en otras palabras que la mujer, en un lapso corto, realmente acceda a los cargos de mayor jerarquía y de dirección en el poder público, que es en últimas el objetivo perseguido por el legislador”¹⁹⁵.

Al realizar el análisis de las cuotas estableció que no se violaba el derecho a la igualdad con la medida afirmativa pues la situación del grupo masculino no variaba significativamente pues los hombres tenían la posibilidad de desempeñarse en un considerable número de cargos del “máximo nivel decisorio” y de “otros niveles decisorios”, esto es, el que correspondía al 70% de esos empleos.

Asimismo indicó que la cuota no terminaba por discriminar a las mismas mujeres y por generar la idea de que las mujeres eran inferiores o discapacitadas, pues la medida de acción afirmativa en cuestión se adoptaba, precisamente, porque las mujeres tenían igual capacidad que los hombres para desempeñarse en los cargos de mayor responsabilidad del Estado. En definitiva, “la cuota era un mecanismo dirigido a corregir las prácticas sociales que generaban condiciones de inequidad, y no una medida de paternalismo estatal, en virtud de la cual se trataba a las mujeres como si fueran “menores de edad”¹⁹⁶.

Otro de los argumentos debatidos en la sentencia, es que la ley de cuotas iba en contra de la eficacia de la administración, porque desconocía la ley de mérito. Ante este argumento la Corte indica que el hecho de que se estableciera una regla de selección no era sinónimo de que las personas elegidas no tuvieran que cumplir con los requisitos que la Constitución y la ley establecían para el desempeño de funciones públicas. A juicio de la Corte lo que sí deja ver ese argumento es que cultural y socialmente existe discriminación. “Afirmar que en virtud de la cuota se antepone ‘el sexo al buen servicio’ o presumir siquiera que las mujeres no pueden desempeñarse eficientemente en el sector público es, en últimas, considerarlas como inferiores, desprovistas de razón, relegadas al ámbito de ‘naturaleza’. Nada más contrario a la realidad y a los principios que defiende nuestro ordenamiento constitucional”¹⁹⁷.

Ante el argumento de los demandantes respecto a que la cuota atentaba contra la naturaleza de los cargos de libre nombramiento y remoción. La Cor-

194 Ibidem.

195 Ibidem.

196 Ibidem.

197 Ibidem.

te Constitucional señaló que la discrecionalidad en la designación de esos cargos no era absoluta, pues, por ejemplo, las personas debían cumplir con determinados requisitos para garantizar la eficacia y la eficiencia de la administración pública, sin que ello desnaturalizara la facultad de libre remoción en esos cargos. De la misma forma, la cuota era “una limitación razonable a la potestad de libre nombramiento y remoción, en primer lugar, porque el nominador tenía un universo muy amplio de donde elegir, el 51% de la población y, en segundo lugar, porque tal límite se establecía en función de una finalidad constitucional, como es la consignada en el artículo 40 de la Carta, a saber: garantizar en un Estado democrático, la participación equitativa de la mujer en el ejercicio del poder”¹⁹⁸.

Lo cuestionable de la sentencia es que cuando analiza el artículo que establece las cuotas en las listas electorales¹⁹⁹ no hace el mismo ejercicio sino que privilegia la autonomía que deben tener las organizaciones internas de los partidos apoyado en jurisprudencia en los mandatos constitucionales. “se trata de una injerencia Estatal en la organización interna de los partidos, que está proscrita por la Constitución”²⁰⁰. La Corte Constitucional aclaró que ello no significaba que los partidos y movimientos políticos colombianos no podían adoptar medidas encaminadas a garantizar una mayor participación femenina, pero éstas no podían proceder de una imposición del legislador.

En esa medida, respecto al mencionado artículo, se observa que no realizó el juicio de ponderación efectuado para los otros artículos demandados, y al determinar que ningún derecho es absoluto y que en determinados casos y para los fines constitucionales imperiosos tienen que existir medidas para cumplirlos, debió haber aplicado el juicio de ponderación.

Se destaca el sustento en normatividad internacional específica como recomendaciones de la OIT, la Plataforma de Acción de Beijing y la CEDAW.

Ecuador

En Ecuador se estudia el fallo²⁰¹ en donde se demanda un artículo del reglamento electoral expedido por el Ex Tribunal Supremo Electoral, por considerar que tal organismo ha establecido términos de alternabilidad y secuencia que

198 *Ibíd.*

199 *Artículo 14. Participación de la mujer en los partidos y movimientos políticos. El Gobierno deberá establecer y promover mecanismos que motiven a los partidos y movimientos políticos a incrementar la participación de la mujer en la conformación y desarrollo de sus actividades; entre otras, se ocupará de los dirigidos a estimular una mayor afiliación de las mujeres, la inclusión de éstas en no menos del 30% en los comités y órganos directivos de los partidos y movimientos. La presencia femenina de no menos del treinta por ciento (30%) en lugares en los que puedan salir electas en las listas de candidatos a las diferentes corporaciones y dignidades de elección popular.*

200 Corte Constitucional, Sentencia C-371 de 29 de marzo de 2000, MP: Carlos Gaviria Díaz, en Articulación Regional feminista, en: <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=78&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

201 *Ibíd.*

desconocen la ley de cuotas y restringen la participación de la mujer. La Corte acoge los argumentos de la demandante y declara la inconstitucionalidad del reglamento electoral.

La Corte indica que “al reglamento le está permitido desarrollar y ejecutar lo que dice la ley, sin que pueda regular las cuestiones esenciales de su contenido y, en este proceso de desarrollo y ejecución el reglamento es solamente el complemento indispensable de la ley, sin que pueda incluir más de lo estrictamente indispensable para la aplicación de ésta”²⁰².

Asimismo analiza las acciones afirmativas que debe realizar el Estado, orientadas a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar la discriminación. Razón por la cual resalta la importancia de las normas contenidas en la legislación nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos, respecto a la igualdad de la participación política de varones y mujeres²⁰³.

Para ello, hace énfasis en la CEDAW, así como en los mandatos constitucionales que establecen que el Estado promoverá y garantizará la participación equitativa de mujeres y hombres como candidatos en los procesos de elección popular.

Así, al remitirse al caso concreto, establece que las regulaciones establecidas no permiten la aplicación de los mandatos señalados, pues el artículo impugnado “realiza una definición de lo que es la alternabilidad y la secuencia, definiciones cuyo contenido no garantizan la participación equitativa entre varones y mujeres mucho menos cuando al referirse a la secuencia regula la forma en que deben realizarse las combinaciones en serie, atentando a la igualdad de condiciones al establecer que una mujer podría ser ubicada en la papeleta electoral luego de haber sido ubicados dos o tres varones”²⁰⁴.

Se resalta el énfasis que hace el fallo respecto del deber que ha asumido el Estado de eliminar las condiciones de desigualdad en la participación electoral entre hombres y mujeres, por lo que es necesario evitar los efectos de toda disposición que menoscaben este objetivo.

La problemática que se observa es que pese a que los mandatos constitucionales van dirigidos a todos los órganos del Estado, algunos de ellos los desconocen haciendo una interpretación de las normas restrictiva y discriminatoria y limitando derechos establecidos en un rango superior.

Si bien, se considera de gran importancia la reglamentación de las leyes que determinan los derechos de participación política de las mujeres para hacer viable

202 *Ibídem.*

203 *Ibídem.*

204 *Ibídem.*

su aplicación, debe tenerse cuidado que dichas reglamentaciones no afecten en núcleo esencial del derecho a la participación y restrinjan su ejercicio.

De esta forma, se destaca que el fallo incluya una perspectiva de derechos humanos de las mujeres, reconozca la discriminación de la que han sido sujetas y la necesidad inminente de eliminar todo tipo de tales conductas.

El otro de los fallos estudiados²⁰⁵ es una acción extraordinaria de protección interpuesta por la directora de un partido político que indica que se violaron los derechos del partido a la participación política al no haber permitido el registro de las listas porque éstas no estaban acorde con los principios de alternancia y paridad de género establecido constitucionalmente. La Corte niega la Acción Extraordinaria de Protección planteada.

En esta sentencia a pesar de que no se accede a las pretensiones de la mujer, se puede decir que es garantista, porque da relevancia a los principios de paridad y alternancia al establecer éstos, como componentes sustanciales del sistema político ecuatoriano y no como mera formalidad, señalando que “estos se desprenden, además, de los procesos históricos de lucha por la igualdad material en el ejercicio de los derechos políticos entre hombres y mujeres”²⁰⁶.

La Corte afirma que no es una novedad decir que en el Ecuador, tradicionalmente, la representación política estuvo reservada, en la realidad de los hechos, para los ciudadanos, relegando a las ciudadanas al mundo de la vida privada. Por ello la importancia del respeto de estos principios²⁰⁷.

La demandante indica que con la acción de no permitir la inscripción de las listas se le estaba discriminando. Sin embargo el tribunal concluye que la actuación de los entes electorales no discriminan bajo ninguna circunstancia a los representados por la accionante, pues por el contrario, en ejercicio de acciones afirmativas que promuevan la igualdad real entre hombres y mujeres que aspiran ocupar cargos públicos de representación política, es necesario que las listas estén construidas de tal forma que las mujeres alcancen efectivamente una función de representación y es precisamente eso, aquello que la accionante incumplió al presentar las listas para concejales²⁰⁸.

En suma, del fallo es posible concluir que el ejercicio de los derechos, tiene que cumplir con los requisitos establecidos en el ordenamiento interno, lo cual no indica que esto se constituya en una restricción, más aún si las medidas adoptadas tienden a implantar una acción positiva a favor de un grupo de especial protección como lo son las mujeres.

205 Corte Constitucional, Apelación por resolución TCE conformación listas elecciones pluripersonales Manabí, en Articulación Regional feminista, en: <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=69&plcontampl=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=8>

206 *Ibidem*.

207 *Ibidem*.

208 *Ibidem*.

Perú

En Perú sólo se estudio un caso²⁰⁹ en el que a una mujer, le ha sido denegada su solicitud de inscripción en el padrón de su comunidad campesina por las autoridades comunales. La mujer interpone demanda de amparo contra tal comunidad solicitando que se le dé cumplimiento a la ley de comunidades campesinas en su condición de nacida al interior de la comunidad e hija de padres comuneros.

Éste es uno de los casos que por cuestiones de trámite no permiten que la autoridad jurisdiccional pueda pronunciarse al respecto. Pues el tribunal declara improcedente la acción, teniendo en cuenta que la demandada no es una autoridad pública a la que la Corte pueda hacerle exigible un mandato por intermedio de la acción de incumplimiento. Así, el tribunal indica que existen otros medios para hacer efectivo su derecho por cuanto ésta no es la acción idónea para ese fin.

De esta forma no se llega a establecer si se estaba violando el derecho de participación de la mujer, tampoco pudo llegarse a tener en cuenta las condiciones estructurales que ocasionan que le sean restringidos los derechos de participación política a las mujeres y en consecuencia tampoco se hace mención a instrumentos internacionales al respecto.

Podría decirse entonces que la lejanía del derecho de la sociedad en ocasiones no permite que se tenga el real conocimiento de la acción idónea para reclamar un derecho lo que en últimas genera una denegación de justicia, aún más en el caso de las mujeres que encontrándose en una situación de desigualdad material acuden a los estrados judiciales.

Conclusiones

En las sentencias estudiadas se observó que la falta de reglamentación puede constituirse como un obstáculo a la realización efectiva del derecho a la participación política de las mujeres, pues al establecerse obligaciones de manera programática no es posible que estas sean aplicables directamente en los procesos de participación política y por ello se tiene que acudir a mecanismos como el amparo.

No obstante se evidencia que en algunas oportunidades la reglamentación lejos de facilitar la realización de los derechos dificulta el ejercicio de éstos cuando restringe lo establecido por la ley, lo cual resulta perjudicial para los derechos de las mujeres.

Del análisis también se infiere que el derecho a acceder a funciones públicas en condiciones de igualdad incluye el acceso a puestos de decisión a los que

209 Tribunal Constitucional, 03345-2010-PC/TC, en Articulación Regional feminista, en: <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=163&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

se llega por nombramiento. Lo cual resulta una garantía integral al derecho a la participación política de las mujeres.

Asimismo, se podría afirmar que es necesario que los estados adopten sistemas políticos donde sea posible garantizar la participación de las mujeres a través de las leyes de cuotas, pues en ocasiones a pesar de que la ley de cuotas existe el sistema político hace que esta sea inoperante.

VI. VIOLENCIA Y VIOLENCIA SEXUAL

Marco conceptual y jurídico

Los instrumentos internacionales han abordado el tema de la violencia y la violencia sexual contra las mujeres. Dentro del sistema universal y el sistema regional existen valiosos instrumentos que buscan eliminar la discriminación y la violencia contra las mujeres, las cuales impiden la realización y el goce de sus derechos: “La violencia contra las mujeres por razones de género, se fundamenta en relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres las cuales generan subordinación y discriminación expresadas en distintas formas de violencia que atentan contra los derechos humanos de las mujeres”²¹⁰.

La violencia contra las mujeres no puede ser asumida como una “especie de meros hechos aislados e individualizados si no que debe ser interpretada como el reconocimiento de un sistema que constituye estructuras y relaciones injustas de poder, entre otras cosas en formas de violencia”²¹¹.

En el sistema Universal, las conferencias mundiales han sido de vital importancia para posicionar los derechos de las mujeres, La I Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer, realizada en México en 1975, inauguró la Década de la Mujer.

En 1980 se realiza en Copenhague la II Conferencia Mundial sobre la Mujer, cuyo objetivo primordial es evaluar los avances obtenidos para las mujeres desde 1975 en las áreas de salud, educación y empleo. Al constatarse los indicadores negativos se adoptó un Programa de Acción Mundial para la segunda mitad del decenio, que buscaba lograr la plena e igualitaria participación de la mujer en el desarrollo, la política, la toma de decisiones, la cooperación internacional y la paz.

La III Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, realizada en Nairobi en 1985, revisó y evaluó los logros y los obstáculos de la Década y recomendó 372 acciones a los Estados para la eliminación de prácticas discriminatorias que mantienen subordinadas a las mujeres.

La IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Beijing en septiembre de 1995, dio origen a la Declaración de Beijing, por la que los gobiernos ratifican su adhesión a la eliminación de la discriminación contra la mujer y a la Plataforma de Acción Mundial, que propone doce esferas de especial preocupación, entre ellas la violencia contra las mujeres. Se imponen como directrices de la plataforma condenar la violencia contra la mujer y abstenerse de invocar

210 Corporación Humanas, la situación de las mujeres víctimas de violencia de género en el sistema penal. Pág. 21.

211 Patricia Laurenzo y otras, Género Violencia y Derecho, Editores del Puerto Pág 15.

costumbres o tradiciones religiosas para eludir su obligación de eliminar la violencia. No cometer actos de violencia contra la mujer y tomar medidas para prevenir, investigar y sancionar actos cometidos por el Estado o particulares. Introducir sanciones en las legislaciones nacionales para castigar y reparar los daños a las mujeres víctimas de violencia de cualquier tipo, entre otras.

En cuanto a los instrumentos que se han adoptado en este campo, es posible mencionar la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer de 1967 y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer de 1979, las cuales hacen un llamado a los Estados para que eliminen la discriminación en contra de las mujeres incluyendo los derechos políticos y civiles como los económicos sociales y culturales.

La CEDAW, es el primer instrumento internacional que amplía la responsabilidad estatal a actos que cometan personas privadas, empresas o entes no estatales, obliga a los Estados a adoptar medidas concretas contra la eliminación de la discriminación, reconoce el papel de la cultura y las tradiciones en el mantenimiento de la discriminación contra las mujeres.

La Convención en su artículo 1 define la discriminación como “toda distinción, exclusión, o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en la esfera política social cultural y civil, o cualquier otra esfera”.

A través de la recomendación general N° 19 el Comité para la eliminación de la discriminación en contra de la mujer estableció que “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre” (parágrafo 1).

En las observaciones generales de la recomendación general N°. 19 se indica que la definición de discriminación incluye la violencia basada en el sexo, es decir la violencia dirigida a la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Se indica que la violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la convención sin que sean expresamente las que hablan de la violencia²¹², ello hace que el concepto de justicia sea tratado directamente relacionado con el concepto de igualdad en donde la violencia contra las mujeres resulta como la expresión de unas relaciones estructurales de poder en sí mismas discriminatorias.

En 1993 se adopta la Declaración sobre la eliminación de la Violencia contra la Mujer, la cual reconoce “que la violencia contra la mujer constituye una

212 Parágrafo 6 Recomendación general N°. 19, la violencia contra la mujer, Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer.

manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a su discriminación por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”²¹³.

Entiende la Declaración violencia contra la mujer como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado, un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”²¹⁴.

Asimismo, establece que la violencia física, sexual y psicológica se produce en la familia, en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, y es perpetrada o tolerada por el Estado.

En el sistema interamericano encontramos el primer instrumento vinculante en materia de violencia contra la mujer, la Convención de Belém do Pará, adoptado el 9 de junio de 1994. La Convención afirma que “la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”²¹⁵.

La Convención define como un derecho humano el “derecho a una vida libre de violencia”²¹⁶. Define a la violencia contra la mujer como “toda 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”²¹⁷.

La convención señala además que la violencia puede ser física, sexual y/o psicológica, que puede sucederse en la familia o unidad doméstica, en la comunidad o en el Estado y que comprende entre otras manifestaciones: violación, maltrato, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo²¹⁸. Igualmente reconoce el derecho de toda mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación²¹⁹.

213 Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Adoptada el 20 de diciembre de 1993 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

214 Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Adoptada el 20 de diciembre de 1993 por la Asamblea general de las Naciones Unidas, Art 1.

215 Convención de Belém do Pará, adoptada el 9 de junio de 1994 por la Organización de los Estados Americanos, Preámbulo.

216 Artículo 1 Convención Belém do Pará.

217 Artículo 1 Convención Belém do Pará.

218 Artículo 2. Convención Belém do Pará.

219 Artículo 6. Literal b de la Convención Belem Do Pará.

Introdujo como obligación de los Estados que suscribieron la Convención la de “adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y llevar a cabo lo siguiente:

- f) Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.
- g) Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos”²²⁰.

Para los contextos de conflicto armado podemos mencionar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que en el artículo 7, acápite sobre crímenes de lesa humanidad, punto 3, establece “para efectos del presente Estatuto se entenderá que el término género se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término género no tendrá más acepción que la que antecede”.

En el mismo estatuto, en lo concerniente a los crímenes de lesa humanidad, el inciso g) considera como un acto de lesa humanidad “violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”. El numeral XXII incluye dentro de los crímenes de guerra actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra.

Entre las normas de procedimiento y prueba de mayor importancia que contempla el Estatuto, están aquellas destinadas a darle un tratamiento especial a la violencia sexual, sus víctimas y testigos. En ese sentido las reglas de procedimiento y prueba establecen medidas que protegen a la víctima de estos delitos, reglas que van encaminadas a que no se requiera la corroboración del testimonio de la víctima en casos de violencia sexual, la prohibición de entregar evidencias o pruebas sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima, para algunos casos, fue prohibido argumentar la defensa alegando el consentimiento de la víctima, etc.²²¹.

220 Artículo 7. Convención Belém do Pará.

221 Regla 70 de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

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

b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;

c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;

d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.

En los artículos 68.1 y 68.2 se establecen medidas para facilitar el testimonio de las víctimas de violencia sexual, como la presentación de pruebas por medios electrónicos. Por último, en el artículo 43.6 se establece que la Corte Penal Internacional contará con personal especializado en violencia de género²²².

En este ámbito igualmente, el Consejo de Seguridad de la ONU emite cuatro resoluciones: la 1325, del año 2000, relativa a las mujeres, la paz y la seguridad, en donde pide a los gobiernos la protección a mujeres y niñas en conflictos armados, y la 1820 de 2008, 1888 y 1889 de 2009 relativa a la violencia sexual en conflictos armados.

Todo este marco copioso de normatividad internacional nos deja ver que la violencia contra la mujer en sus distintas manifestaciones constituye uno de los principales mecanismos que perpetúan su posición subordinada y por ello exige acciones urgentes de los Estados para eliminar estos comportamientos²²³.

En esa medida se requiere que los Estados adopten medidas legislativas acordes con la problemática así como la adecuación de vías administrativas y judiciales que permitan el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de este delito y una efectiva reparación. Además de la eliminación de los estereotipos sociales que perpetúan la violencia y la discriminación.

Caracterización del tipo de sentencias abordadas en este estudio

Las sentencias analizadas en los seis países son en su mayoría de violencia sexual 63.8 %, las de violencia doméstica fueron el 14.8%, las de violencia dentro del conflicto armado fueron el 2.1%, también se evidenció el tema de las mujeres como victimarias 6.3% y se tomaron en cuenta otros temas que si bien el problema jurídico central no es la violencia contra las mujeres tangencialmente se encuentra evidenciada la problemática el 6.3%.

Dentro del aspecto específico de violencia sexual, los problemas jurídicos dentro de la sentencia en su mayoría se basaron en el elemento violencia como elemento determinante del tipo. El consentimiento como causal de ausencia de responsabilidad, y la valoración del testimonio de la víctima. También se encontraron sentencias que sólo debaten aspectos de trámite.

Dentro de los temas de violencia contra las mujeres es importante resaltar los temas de feminicidio y de las mujeres como victimarias. Igualmente se resalta el porcentaje de violencia sexual de padres contra sus hijas el 16% del total de las sentencias identificadas en este tema.

222 Estatuto de Roma de la Corte penal internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas.

223 Articulación Regional Feminista. Instrumentos internacionales y regionales de protección a la mujer contra la violencia, Pág. 34 en: http://www.coordinadoradelamujer.org.bo/publico/archivos/biblioteca/instrumentos_internacionales_coordinadora_de_la_mujer.pdf

La mención de normatividad internacional respecto de los derechos de las mujeres en los fallos aún no es significativa, sólo Argentina, Colombia y Perú dentro de las sentencias analizadas hicieron uso de estos instrumentos.

Argentina

En Argentina se analizaron cuatro sentencias atentatorias, la primera de ellas es un caso de feminicidio²²⁴, donde la disertación judicial incurre en la valoración sobre la vida personal de la víctima y de alguna manera justifica el accionar del victimario al afirmar que en un acto de celos o de rabia no pudo contenerse y asesinó a la mujer.

El aplicar este atenuante implica la indagación sobre la vida íntima de la víctima, como si la mujer víctima fuese la investigada y no el victimario. En ésta medida, tal aplicación se configura como una práctica judicial discriminatoria. Lo que en últimas se convierte en una herramienta judicial que permite la impunidad de los crímenes contra las mujeres permitiendo crear el imaginario en el ámbito judicial y en la sociedad de que los hombres tienen cierta facultad de asesinar a las mujeres cuando no son capaces de controlar sus emociones, esto perpetúa las condiciones de discriminación y violencia contra las mujeres en nuestra sociedad.

La segunda sentencia analizada, es sobre violencia sexual y la discusión si hubo o no consentimiento de parte de la víctima, afirmando que la violencia de los hechos no es suficiente para establecer que efectivamente hubo violencia.

En este caso a pesar de estar acreditada la violencia ejercida sobre la mujer para realizar el acto sexual por medio de su testimonio y del informe médico, el juzgado indica que existe duda sobre si la víctima prestó o no su consentimiento, pues la violencia física con que se desarrolló el acto sexual no implica por sí sola ausencia de voluntad para iniciar la relación²²⁵.

A pesar de establecerse los elementos del tipo penal, esta sentencia traslada el debate al ámbito del consentimiento por el hecho de la víctima haber ingresado voluntariamente al domicilio del procesado y posteriormente haber ingresado a su habitación, en ésta medida igualmente se pasa a examinar la conducta de la víctima, olvidando que la conducta que debe ser estudiada al constituirse como delito, es la del procesado.

Pese a que el tribunal estimó acreditada la relación sexual violenta, estima que no hay prueba que corrobore la ausencia de consentimiento alegada por la víctima o la existencia de consentimiento expreso, invocada por el procesa-

224 Cámara Penal y Correccional - La Rioja, O.C.A. s/homicidio calificado bajo circunstancias extraordinarias de atenuación, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=236&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=12>

225 Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 2006 D.A.A. p/abuso sexual con acceso carnal calificado, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=183&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=11>

do. Señala que si bien la lógica indica que no puede consentirse mantener relación sexual con una persona recién conocida, la experiencia demuestra que a veces un bajo nivel socio-cultural torna natural esa conducta²²⁶.

Consideró además significativa la circunstancia en que se supo lo que había ocurrido: cuando la menor de edad llegó a su casa no contó inmediatamente lo sucedido sino que lo hizo cuando comenzó la hemorragia, encontrándose presentes sus padres y a los que debía darles una explicación. La violencia con que se desarrolló el acto sexual no implica por sí sola ausencia de voluntad para iniciar la relación²²⁷.

Las afirmaciones realizadas por el despacho que intentan argumentar elementos a favor o en contra del victimario, son a todas luces discriminatorias, y juzgan la conducta sexual de las personas, pues manifiesta que sólo una persona de bajo nivel socio-cultural tendría una relación sexual con alguien que conoce por primera vez.

Otro de los casos analizados es el homicidio cometido por una madre al dar a luz²²⁸. La valoración probatoria efectuada indica que la mujer no se encontraba en situación de trastorno pues su relato fue coherente detallado y pormenorizado de las circunstancias previas y concomitantes al hecho. Inadmite el planteamiento de la defensa respecto al error de tipo en el que incurrió la mujer al suponer que realizaba un aborto y no un homicidio pues señala que deben configurarse todos los elementos del tipo, y evidentemente la mujer tuvo total conocimiento de que su bebe había nacido con vida.

La Sentencia no entra a analizar el contexto en el que se encontraba la mujer, que pudo ser determinante para la realización del delito. Las condiciones de violencia y discriminación a las que ésta fue sometida fueron pasadas por alto, más cuando existen indicios de una presunta violación. Señala como regla de carácter universal que quien se haya encontrado en un episodio psicótico, no puede relatar con coherencia los hechos ocurridos, sin tener en cuenta que las personas no siempre reaccionan igual a los hechos y que en consecuencia no basta con analizar los hechos que dieron lugar al delito sino las condiciones que lo rodearon.

En otra de las sentencias²²⁹ no obstante de estar acreditado el delito de acceso carnal con menor de edad, suscita controversia el que el procesado sea miembro de una comunidad indígena en donde se constituye como costumbre que las niñas inicien su vida sexual a temprana edad. La Corte Suprema de Justicia declara la nulidad del Auto de detención por no encontrarse debidamente motivado, al no habersele ponderado al procesado correctamente el respeto a la identidad indígena.

226 Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 2006 D.A.A. p/abuso sexual con acceso carnal calificado, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=183&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=11>

227 *Ibidem*.

228 *Ibidem*.

229 *Ibidem*.

La Corte Suprema de Justicia indica que tal situación debió ser abordada en el auto de procesamiento pues “de él se desprende la existencia del puntual contexto de convivencia del imputado y de la víctima en un marco de costumbres ancestrales que resulta útil para apreciar una posible distorsión de la comprensión de la conducta atribuida como un injusto penal”²³⁰.

Indica que no puede desconocerse la multiplicidad de datos acerca de una presunta costumbre indígena convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas, que no guardaría estricta correspondencia con los parámetros tomados en cuenta para sancionar el abuso sexual con acceso carnal en el Código Penal Argentino, pudiendo suscitar distorsiones en la comprensión que repercutan en la culpabilidad del imputado²³¹.

Hace referencia al artículo 75 Inc. 17 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial, los cuales garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aún provisoriamente, sus particularidades sociales deban ser objeto de una ponderación concreta, lo que no ocurrió en el presente caso.

No obstante, resulta apropiado resaltar el salvamento de voto efectuado en la sentencia en donde se señala que sostener que en la conducta bajo examen no hay agresión porque “se trata de otra concepción cultural de ‘integridad sexual’ o por no haber sufrido ningún daño psico-emocional la supuesta víctima, significa apartarse del concepto de “integridad personal”, del cual la integridad sexual es sólo uno de los componentes; cobija, además, los efectos en la salud física, teniendo en cuenta edad, riesgos en la salud por la sexualidad en sí y por la temprana iniciación, maternidad precoz, efectos sobre los niños prematuros o mal nutridos por las condiciones de las madres, etc.

Además, determina enfáticamente que no todas las costumbres indígenas son buenas y en esa medida no pueden tener el carácter de absolutas, más cuando algunas de ellas pueden resultar en actos discriminatorios y opresivos de las mujeres indígenas. Cita informes de amnistía Internacional y Unicef para establecer que las mismas mujeres indígenas han manifestado que “los usos y costumbres deben mantenerse siempre y cuando garanticen el respeto a las mujeres y que tenemos que seguir discutiendo y analizando detenidamente los derechos que queremos que se nos respeten en nuestras comunidades”, Las mujeres indígenas piden que la justicia se imparta según los usos y costumbres, pero rechazando las que las perjudican²³².

230 Corte suprema de Justicia, salta 2006, C/C Ruiz, José Fabián s/ recurso de Casación, en Articulación Regional Feminista, En <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codocntenido=30&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=11>

231 *Ibidem*.

232 *Ibidem*.

Asimismo, se resalta que en tal salvamento de voto se haga referencia a la normatividad internacional para afirmar que la invocación de manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana.

Por ello, “de acuerdo a la doctrina de la CIDH y al principio que reza que “se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto, con los derechos humanos” una de cuyas manifestaciones es la jerarquización del principio de “protección del interés superior del niño”, se debe concluir que no se advierten en autos las circunstancias que permitan descartar la operatividad, de las normas del Código Penal en virtud de la práctica sexual o social alegada, precisamente porque la misma, de configurar una costumbre propia de la comunidad wichí a la que pertenecen el agresor y la víctima, resulta violatoria de los derechos que la comunidad internacional reconoce en cabeza de ésta última”²³³.

Esta decisión desconoce los derechos humanos de las mujeres indígenas al privilegiar las costumbres culturales de las comunidades indígenas. Distorsiona el concepto de relativismo cultural al darle un carácter de absoluto, lo cual valida las prácticas discriminatorias como el matrimonio privignático²³⁴ que anulan los derechos de las mujeres indígenas. Además el reconocer la diversidad cultural no implica desconocer que los indígenas son argentinos, que habitan en el territorio del país, y por lo tanto están sujetos a la constitución nacional y a las leyes, de las cuales hacen parte las disposiciones contenidas en el código penal.

Se analizaron cinco sentencias garantistas. En la primera de ellas se rechaza la circunstancia²³⁵ de atenuación del homicidio bajo circunstancias extraordinarias. En este caso un hombre intenta tener relaciones sexuales con su esposa, pero ésta se niega y el episodio culmina en el estrangulamiento de la mujer. El procesado por haber cometido homicidio calificado contra su cónyuge, solicita Recurso de Casación, alegando emoción violenta por las circunstancias particulares del hecho (amenaza de separación de la pareja por parte de la mujer), como vía para excusar la culpabilidad en el caso. La Corte Suprema de justicia deniega la pretensión.

La Corte indica que una bofetada no puede dar lugar a una emoción violenta como lo es el estrangulamiento realizado a la mujer. La Corte Llego a esta conclusión porque afirma que el tribunal de primera instancia probó la deteriorada relación matrimonial entre la víctima y el imputado y que la decisión de separarse tomada por la víctima era conocida de tiempo atrás. Así indica que

233 *Ibidem*.

234 Matrimonio tanto con la madre como con la hija o hermanas.

235 Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Mangioni Alfredo G. / Homicidio calificado bajo circunstancias extraordinarias de atenuación/ Recurso de Casación, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=240&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=10>

no surge que el imputado haya sido preso de una perturbación violenta de su ánimo de tal intensidad que haya disminuido sus frenos inhibitorios.

Se acreditó ejercicio de fuerza sobre la víctima quien se encontraba en el lecho matrimonial y por un lapso considerable de tiempo, lo que produjo su muerte por asfixia y estrangulamiento. Las circunstancias de hecho que deben comprobar la emoción violenta deben ser adecuadamente apreciadas sobre todo cuando se da la pérdida de una vida humana²³⁶.

A pesar de que la sentencia se cataloga como garantista, la aplicación del atenuante bajo circunstancias extraordinarias en los casos de violencia contra las mujeres resulta ser problemática pues no se entra a realizar un examen sobre la conducta típica del victimario sino que, como ya se dijo, entra a analizar la conducta de la víctima y no del victimario encontrando una justificación para el hecho punible.

Dentro de este grupo de sentencias se analiza el homicidio cometido por una madre al dar a la luz a su bebe²³⁷.

En este caso una mujer, trabajadora doméstica, víctima de abusos sexuales desde los nueve años por parte de su empleador 40 años mayor, quedó embarazada a consecuencia de las violaciones sufridas. En el momento del parto, que transcurrió en el trabajo, mató al recién nacido en estado de “profunda perturbación de la conciencia”. Fue absuelta en primera instancia. La Cámara de Apelaciones y el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba confirmaron el fallo.

En esta sentencia se realiza la valoración probatoria realizada por el tribunal en donde valiéndose de los dictámenes psiquiátricos y psicológicos se probó científicamente que la joven sufrió abusos desde los nueve años y es patológico haber negado el embarazo, negativa que siguió aún después del nacimiento.

El tribunal estableció que “Se considera verificada, también, la existencia de los requisitos necesarios para la emoción violenta: a) la reacción ante un hecho del mundo exterior; b) la simultaneidad entre el hecho productor de la descarga afectiva con la materialidad del hecho ejecutado, motivo de reproche y c) medio que no resulte irrazonable atento el contexto en el cual se desarrolla la acción”.

Establece que “al estado emocional se llega a través de una grave perturbación de la afectividad ante la irrupción de un factor exógeno e imprevisto, en el caso, la sorpresa del parto negado por la mujer situación que desborda su

236 Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Mangioni Alfredo G. / Homicidio calificado bajo circunstancias extraordinarias de atenuación/ Recurso de Casación, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=240&plcontamp=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=10>

237 Ibidem.

capacidad de reflexión, de decidir libremente, actuando bajo el dominio de sus impulsos, sin capacidad de valorar la proporcionalidad de los actos con los frenos inhibitorios limitados”²³⁸.

Dijo el tribunal que abusos sexuales se encuentran vinculados con el embarazo y a criterio del tribunal, la mujer se encontraba en un estado de inconsciencia al momento del hecho. Señala que con dos probanzas legalmente válidas y debidamente fundadas, que concuerdan en lo esencial pero arriban a distinta conclusión, una a favor de la imputabilidad de la mujer, la otra, negándola, se sitúa frente a una incertidumbre que debe valorarse a favor de la acusada.

Basa su decisión en la Constitución Nacional, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el PIDCP y la CADH.

La categorización como garantista atiende al juicioso análisis probatorio que identifica las especiales condiciones de vulnerabilidad de la mujer que afectaron su salud mental y que fueron determinantes en el resultado típico de los hechos.

La tercera sentencia analizada versa sobre el delito de abuso sexual con acceso carnal sobre una niña miembro de una comunidad indígena cometido por dos hombres que alegan que la relación fue a cambio de dinero.²³⁹ El Superior Tribunal de Justicia de Formosa, confirma la condena.

La defensa argumenta que de los exámenes médicos surge que la víctima carecía de marcas en el cuerpo que acrediten el hecho denunciado, más aún cuando la contextura física entre acusados y víctima debería haber ocasionado secuelas físicas. Asimismo señala que se debía acudir al contexto cultural de las presuntas víctimas, pues se encuentran en un contexto social en que las relaciones sexuales son normales desde la menarca²⁴⁰.

El Tribunal no acoge tales argumentos. Acertadamente indica que se tienen como pruebas el testimonio de la víctima, el de su amiga que la acompañaba al momento de los hechos y otros dictámenes de los cuales se puede establecer la certeza de la comisión del delito.

Hace relevancia en la posición de las mujeres indígenas en la sociedad. Históricamente oprimidas y excluidas, por una triple condición: la de ser mujer, la de ser pobres y la de ser indígenas, como producto de un proceso histórico – cultural que no sólo puede verificarse empíricamente²⁴¹. Establece que se ha puesto en crisis la protección integral a la víctima que debe brindar el Estado a través

238 Superior Tribunal de Justicia de Formosa, González, Rubén Héctor-Bonilla, Hugo Oscar-Santander, Sergio André (prófugo) sobre abuso sexual, en Articulación regional feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=203&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=10>

239 *Ibidem*.

240 *Ibidem*.

241 *Ibidem*.

del servicio de Justicia. A pesar de no mencionar normatividad internacional respecto de la protección de los derechos de las mujeres concretamente, toma como referencia el convenio 169 de la OIT y la Convención internacional sobre los derechos del niño.

El cuarto caso estudiado, establece la figura de coautor necesario en el delito de violencia sexual en el contexto de un hurto²⁴², los hechos del caso señalan que tres hombres ingresaron a un establecimiento a realizar un hurto, mientras realizaban el ilícito, uno de los sujetos levantó a la chica que hace la limpieza y la llevó a una habitación, en donde la violó. Mientras esto ocurría, uno de los hombres tomaba un trago en el pool y el otro estaba sentado en el salón esperando a que el hombre saliera de la habitación para irse.

El tribunal determina que los dos acusados en cierto modo incentivaron al autor directo a llevar a cabo su accionar sexual en perjuicio de la mujer (a quien habían contribuido a reducir), manteniendo las condiciones que permitían aquel delito sin interferencias ni perturbaciones (pues mantenían a todos los asaltados atados, y en el piso), esperándolo y apurándolo; y que todo lo anterior constituye un aporte esencial sin el cual no habría podido consumarse el hecho del modo como se hizo.

Esta decisión es relevante pues analiza el contexto de coerción en el que se cometió el delito en contra de la mujer y el aporte esencial realizado por los otros dos acusados en la comisión del hecho. Ampliando el imaginario de que los delitos sexuales sólo son cometidos por propia mano. Haciendo efectiva la teoría de la coautoría.

Finalmente se resalta la decisión²⁴³ en donde un padre acusado de abusar sexualmente de una de sus hijas, presenta en la causa de divorcio vincular un pedido de régimen de visitas. En primera instancia le otorgan la pretensión, en segunda instancia se confirma la decisión. La madre de la menor de edad interpuso recurso extraordinario federal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revoca el fallo, ordenando la restricción para el padre.

La CSJN indica que el alcance y los mecanismos de intervención judicial deberían haberse establecido con ajuste a una visión especializada. Y, en ese sentido, un amplio sector de los especialistas acuerda con que, es necesario implementar con rapidez el resguardo físico y psicológico del niño, razón por la cual no es procedente permitir el contacto del padre con la niña.

La CSJN basa su decisión en los compromisos adquiridos a nivel internacional respecto de la violencia contra la mujer como la Convención Belem Do Para,

242 Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Fiorabanti, Carlos Francisco y otros p.ss.aa. abuso sexual, etc, <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=154&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=9>

243 Corte Suprema de Justicia de la Nación, AG., M. S. c/ J. V., L. s/ divorcio vincular, en Articulación Regional feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1134&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

la CEDAW y la recomendación N°. 19 del comité de la CEDAW, con lo cual reconoce las situaciones de discriminación y violencia a las que han sido sometidas las mujeres y que en el caso concreto cobra vital importancia imponer medidas de protección a una niña que ha sido víctima de actos de violencia por parte de su padre.

Bolivia

En Bolivia se analizaron cuatro sentencias atentatorias de los derechos de las mujeres. En la primera²⁴⁴ se analiza el caso donde dos hombres hicieron consumir bebidas alcohólicas a dos menores de edad, las pusieron en estado de inconsciencia y posteriormente las condujeron a un alojamiento donde las violaron. El tribunal decide absolver a los procesados.

El debate dentro de la sentencia radica en la presunción de consentimiento cuando se han ingerido bebidas embriagantes. En ella se concluye que las víctimas no se encontraban en un estado de inconsciencia al verificarse que se acuerdan de lo ocurrido.

A pesar de haberse considerado científica y jurídicamente que la embriaguez es un estado que vicia el consentimiento o impide otorgarlo, los operadores de justicia, como en el caso de esta sentencia, leen los hechos desde una postura que exculpa el accionar del agresor e incluye en la sentencia apreciaciones fuera de derecho, asociando el consumo de bebidas embriagantes con consentimiento²⁴⁵.

Igualmente resulta contrario a la protección y garantía de los derechos de las mujeres el que se defina como prueba determinante el hecho de que una de las niñas mantenía una relación con uno de los procesados, a ello se suma el que se haya aceptado el desistimiento de la acción penal contra uno de los procesados por parte de la madre de las víctimas, fundamentado en el hecho de que el hombre se comprometió “a responder por problemas ulteriores que pudieran surgir de las relaciones carnales mantenidas con la menor”.

Lo anterior, evidencia los actos discriminatorios que se ejercen sobre las víctimas de violencia sexual dentro de un proceso penal. Pues lejos de reprochar la conducta de los procesados se entra a analizar y calificar la conducta de la víctima. Lo cual contraviene normatividad internacional que establece enfáticamente que “La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo”²⁴⁶.

244 Juez Cuarto de Instrucción en lo Penal de El Alto, 004-2008, en Articulación Regional feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=389&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=3>

245 Humanas. Estudio de jurisprudencia Colombiana en casos de violencias sexuales cometidos contra mujeres y niñas, Pág. 120.

246 Reglas de procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Regla 70, Literal c.

En el segundo de los casos estudiados²⁴⁷, se solicita la nulidad de la decisión que rechazó la solicitud de aborto de una niña de 12 años que fue violada. La Corte rechaza la solicitud por considerar que este auto no se encuentra dentro de los autos contra los cuales es posible interponer recurso de nulidad de acuerdo con la normatividad penal.

Esto deja ver los obstáculos procesales a los que se ven sometidas las víctimas de violencia sexual, quienes ostentan una situación más gravosa al existir un embarazo producto de la agresión sexual y que ven vulnerados nuevamente sus derechos ante la denegación de justicia.

En este caso no se realiza un análisis de los hechos desde una perspectiva de los derechos de las mujeres y las circunstancias de vulnerabilidad en las que se encuentra, no se tiene en cuenta que es una niña víctima de violencia, que puede ver afectada su salud en todos los ámbitos, que el continuar con el embarazo puede constituir un trato cruel, inhumano y degradante; resulta bastante reprochable el que todos los intervinientes en el proceso aseveren que se debe proteger la vida desde su concepción, perdiendo de vista que este no es un derecho absoluto y que en determinadas circunstancias resulta desproporcionado proteger la vida del no nato por encima del derecho a la vida de la mujer.

Con ello el Estado boliviano incumple los compromisos adquiridos en la normatividad internacional respecto al acceso a la justicia de las mujeres en condiciones de igualdad, así como a la erradicación de la violencia contra la mujer²⁴⁸.

En el tercer caso estudiado²⁴⁹ un hombre interpone acción de divorcio contra su cónyuge, la cual a su vez interpone demanda de reconversión indicando como causales el adulterio del hombre, los malos tratos, la sevicia y la injuria en contra de la mujer.

Indica como probados los malos tratos de palabra y de obra, así como las injurias y sevicias inferidas por el esposo hacia la esposa, hechos que constituyen violencia física y psicológica permanentes y que hacen intolerable la vida en común, lo cual se evidencia en las declaraciones rendidas dentro del proceso.

247 Corte Suprema de Justicia, Auto supremo N° 010, en Articulación Regional feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=904&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=4>

248 Convención de Belem do Para, Artículo 7: f) Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos. g) Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos.

249 Corte Superior de El Alto, La Paz, 498, en Articulación Regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=913&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=1>

No ocurre lo mismo con la causal de adulterio, la cual se declara no probada por no cumplir con la carga probatoria necesaria. A pesar de existir declaraciones dentro del proceso que prueban el adulterio.

Ello evidencia el desconocimiento de la posición de la mujer en la relación procesal, en donde evidentemente los actos de violencia ejercidos en su contra la ubican en una situación de vulnerabilidad, que no le permiten aportar las pruebas que establezcan con la contundencia suficiente el adulterio del hombre. Es decir que se imponen estándares probatorios muy altos que no tienen en cuenta la condición y la posición de la mujer en la sociedad y en el proceso.

No se hace un análisis de los hechos desde una perspectiva de derechos humanos y en consecuencia no se menciona normatividad internacional de derechos humanos para fundamentar la decisión, se restringe a la normatividad interna de derecho de familia.

Dentro de las decisiones analizadas también se encontró el caso²⁵⁰ en donde a la edad de 13 años, una mujer es raptada por su cuñado quien la mantiene secuestrada durante 6 años entre Bolivia y Argentina. Tiempo en el cual es sometida a esclavitud sexual, siendo múltiples veces violada por su agresor, y sometida a embarazo forzado.

Así, a pesar de acreditarse el concurso entre múltiples delitos que denotan esclavitud sexual, embarazo forzado, rapto y agravantes como el vínculo existente entre víctima y agresor, sólo se interpone la pena por el delito de violación sin ningún agravante particular.

Además llama la atención que el delito de rapto no se imputa al agresor, pues existió consentimiento de los padres de la menor de edad, al haber estado de visita en la casa de ellos. Tal situación evidencia que la tipificación del delito supone concepciones que limitan el libre desarrollo de los derechos de la mujer, al supeditar la legalidad de una conducta a todas luces violatoria de los derechos de la libertad y la integridad personal por el sólo hecho del consentimiento de los padres.

La valoración probatoria deja de lado el dictamen donde se evidencian las profundas afectaciones a la salud mental de la mujer acaecidas como consecuencia de las graves violencias físicas psicológicas y sexuales de las cuales ha sido víctima desde niña.

El fallo basa su argumentación en el código penal y en el código de procedimiento penal. No hace mención a normatividad internacional de derechos humanos de las mujeres.

250 Tribunal de Sentencia 1° Tarija, Caso 601199200902979, en Articulación Regional feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1178&plcontamp=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=1>

Se estudian cuatro sentencias catalogadas como garantistas de los derechos de las mujeres. La primera de ellas²⁵¹ analiza un abuso sexual cometido contra menor de edad, aprovechándose de condiciones de superioridad ya sea en el ámbito familiar o en los otros ámbitos en donde se desenvuelven las niñas como en la escuela. El caso se refiere a la violencia sexual a la que se sometió a una menor por parte de su profesor, quien aprovechando de la autoridad que ejercía sobre ella la agredió sexualmente en dos oportunidades. El tribunal declara culpable al hombre por el delito de Violación de Niño, Niña, Adolescente) con el agravante de corrupción de menores y de coacción.

Se destaca la labor de un tribunal donde a pesar de haber pasado más de un año en el acaecimiento de los hechos se da relevancia al testimonio de la niña que fue abusada por parte de su profesor en más de una oportunidad, siendo igualmente objeto de amenazas. Se imputa el delito de Violación de Niño, Niña, Adolescente agravado por su grado de instrucción con estudios superiores, la gravedad del delito u su condición de profesor de la víctima.

Se aprecia una debida valoración probatoria que tiene en cuenta tanto el testimonio de la menor de edad como el informe forense, el informe psicológico de la víctima y el certificado de antecedentes por tentativa de homicidio del agresor. Dentro de las pruebas que se valoran están la ropa interior de la niña y el buzo deportivo, si bien estas fueron pruebas importantes para el caso específico, no en todos los casos la evidencia física podrá ser la única prueba, pues muchos agresores se cuidan de ella o la situación de las víctimas hace que no siempre sea posible conservarla.

El tema del consentimiento por estado de embriaguez también se identificó en este país²⁵², en este caso una mujer que fue con dos amigas a una fiesta, en la madrugada se comunicó con un amigo quien acudió al lugar donde éstas se encontraban, luego de dejar a sus amigas en sus casas, se dirigieron a un establecimiento donde el hombre le dio una bebida alcohólica. Al día siguiente la mujer despertó en su casa, no recordaba nada, se encontraba un poco sucia, su ropa interior se encontraba manchada y le dolía la parte de sus entrepiernas, descubriendo que había sido violada.

El tribunal en debida forma establece que la mujer se encontraba en un estado de perturbación de conciencia originada por el consumo de alcohol que provocó que la joven estuviera ausente de voluntad que no le permitió darse cuenta de lo que hacía y saber de lo que se trataba. Dejando por fuera de debate la voluntariedad de la relación sexual.

251 Tribunal de sentencia de El Alto, caso 356/09, en Articulación Regional feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=372&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=1>

252 Tribunal de Sentencia N°. 1 de la Capital Distrito Judicial de Cochabamba, Sentencia N°. 02/2009 Caso N°. 301199200710438, en Articulación Regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=495&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=3>

Consideró este tribunal la violencia contra la mujer como una violación de derechos humanos y libertades fundamentales que limita parcial o totalmente a la mujer en el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y libertades.

Amplía el concepto de violencia de acuerdo a los estándares internacionales indicando que ésta debe entenderse como cualquier opción o conducta basada en su género que cause daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como privado. Cumpliendo con la obligación de adoptar los conceptos más garantistas que proveen los instrumentos internacionales suscritos por Bolivia en este caso la Convención de Belem do Para.

Igualmente se encuentra una valoración probatoria acorde con la gravedad de los hechos. No obstante cabe advertir que no en todas las circunstancias el examen toxicológico resulta positivo pues puede haber medicamentos que no dejan huella en la sangre. De ahí la relevancia que se le debe dar al testimonio de la víctima.

Finalmente, se identificaron dos casos donde el padre viola a todos sus hijos en presencia de los otros, situación grave desde la violencia sexual para las víctimas, más cuando además son víctima de la agresión cometida contra sus hermanos y/o hermanas. En el primero de ellos²⁵³ los hechos del caso se circunscriben en la violación sexual perpetrada en contra de dos niñas y un niño, todas/os hermanas y cuyo agresor fue su propio padre quien aprovechó la ausencia de su esposa y madre de las/os niñas/os para ejercer violencia. El tribunal declara al imputado culpable del delito de Violación de Niño y Niña.

Impone la pena máxima, teniendo en cuenta la enfermedad sexual transmitida a los niños y a la niña y las agresiones físicas de las que fueron objeto. Adicionalmente valora como agravante, la actitud asumida por el imputado, quien no mostró signo alguno de arrepentimiento por el daño causado contra sus propias hijas/os.

El otro caso encontrado señala una múltiple violación a los derechos de las mujeres en cabeza de tres niñas abusadas por su padre²⁵⁴. Agrava la situación el hecho de que el padre obligase a su hijo a sostener relaciones con una de las niñas, lo cual resultó en un embarazo.

Se hizo una apreciación probatoria acorde con los derechos de las niñas relevando su testimonio y las declaraciones de sus hermanos. No obstante, no se hace una apreciación de los hechos desde una perspectiva de derechos humanos de las mujeres y de las condiciones subyacentes que llevan a casos tan aberrantes. Las conductas del agresor produjeron que se le imputara la

253 Tribunal de Sentencia N° 4 de la Capital Distrito Judicial de Cochabamba Sentencia N°: 11/2009. Caso N°: 301199200712971, en Articulación regional feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=315&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

254 Juzgado de instrucción en lo penal 1° Sucre, Sentencia N°. 05007491, en Articulación regional feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=371&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=3>

responsabilidad por los delitos de violación agravada de niños, niñas, abuso deshonesto agravado y corrupción agravada de menores.

Este caso más allá de lo decidido en el proceso deja ver el entorno hostil al que se ven sometidas muchas mujeres por parte de sus mismos familiares, producto de las relaciones de subordinación y discriminación que se agudizan más por condiciones de pobreza y el restringido acceso de oportunidades.

Chile

Se revisaron cuatro sentencias atentatorias. En dos de ellas el debate se centra en el elemento violencia como determinante en la configuración del delito. En el primero de los casos²⁵⁵ una mujer boliviana que viaja de visita a Chile, es secuestrada por un hombre, quien la mantiene encerrada. Bajo amenaza de matarla a ella y a sus pequeños hijos, la viola, la golpea con cadenas, fierros y palos además con los pies y puños. La obliga a hacer todos los quehaceres del hogar. El secuestro se mantiene por casi tres meses, hasta que ella logra huir de él y hacer la denuncia.

El tribunal decide absolver al imputado. Como argumento de su decisión establece que: “de acuerdo a las lesiones efectivamente constatadas de acuerdo a la declaración del perito, no se condicen con el nivel de agresión que señala la víctima en su declaración, En relación a la intimidación para retener a la víctima, se encuentran sólo los dichos de ésta y no tiene su correlato en situaciones objetivas, la entidad de las lesiones no son tales como para suponer que constituían un medio idóneo para quebrantar su voluntad y retenerla por casi tres meses, además el acusado no conocía a la familia de la acusada, y tampoco donde vivían, ni quienes efectivamente componían el grupo familiar, ya que la madre, la hermana y la hija no tenían un domicilio fijo en Chile.

Cabe destacar, que de acuerdo a lo expuesto por la siquiatra, la víctima contaba con una instrucción secundaria completa, lo que permite suponer que con ese nivel de instrucción se requiere algo más que simples amenazas para doblegar su voluntad”²⁵⁶. Con ello se imponen más exigencias al elemento violencia que los que la ley determina.

Es de anotar que la violencia no depende necesariamente de las huellas físicas que se dejen en el cuerpo de la víctima pues lo importante es que se haya cometido el acto en contra de la voluntad de la víctima, lo cual es desconocido por el tribunal.

Además se invierte la responsabilidad al indicar que la entidad de la violencia no es suficiente para doblegar la voluntad porque la víctima pudo

255 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica. Fallo 28 - 2007, en Articulación Regional feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=852&plcontempl=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=8&cni3=3>

256 *Ibidem*.

haber hecho algo para resistirse. Lo que termina resolviéndose a favor del procesado²⁵⁷.

La decisión tomada desconoce todas las pruebas aportadas al proceso como el informe forense, el informe psiquiátrico, y la prueba testimonial, la cual debe cobrar real importancia en este tipo de procesos por la naturaleza de los hechos cometidos.

En otra de las decisiones ocurre algo similar en el caso de la violencia psicológica respecto a las amenazas realizadas a una mujer por parte de su cónyuge²⁵⁸. En este caso la víctima llegó a su domicilio en compañía de sus hijos en ese momento su cónyuge comenzó a insultarla en presencia de los menores, la amenazó con hacerle la vida imposible, hostigarla en su trabajo, con sacarla de la casa y con matarla. La Juez decide absolver al acusado.

En el fallo se indica que no basta la expresión de las palabras, sino que además, éstas expresiones deben provocar en la víctima la convicción de verosimilitud y seriedad. Llama la atención el argumento de la juez para determinar su decisión en el sentido de afirmar que “nunca una persona que realmente este amenazada de muerte y que tema por su vida, se presente ante un tribunal a juicio con tal aplomo alegando que: le dije a él que si me tocaba un pelo lo mandaba detenido y lo metía preso. Cabe preguntarse: ¿es ésta la actitud de una mujer vulnerable en sus derechos, atropellada y temerosa, de una víctima conmocionada?”²⁵⁹.

Con tales argumentos sólo se reproducen los estereotipos arraigados en la sociedad en donde las mujeres no pueden empoderarse y hacer exigibles sus derechos porque pierden la calidad de víctima y en consecuencia se traslada el juicio de reproche a ésta y no a quien ha cometido la conducta ilícita.

Otra problemática advertida es si la violencia sexual puede ser configurada como un accidente de trabajo donde el empleador es responsable. En este aspecto se encontró un caso en el cual una mujer en estado de embarazo es víctima de una agresión sexual cuando se encontraba camino a su domicilio. Luego de cumplir con la jornada nocturna laboral²⁶⁰.

A la empresa en este caso la inspección del trabajo le impone una multa por no denunciar el accidente del trayecto de la trabajadora embarazada. No obstante la resolución que impone la multa se deja sin efectos con fundamento

257 Humanas, Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos entre mujeres y niñas. Pág. 104.

258 Juez de Garantía de Valdivia, c/: RAUL FERMIN SANTIBAÑEZ AGUILEF RUC N°: 0900230098-K, en Articulación Regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=884&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>

259 Ibidem.

260 Corte Suprema de Justicia, Salmenes Pacific Star S.A. Contra Inspección Comunal Trabajo De Quellon Y Otro, en Articulación Regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=139&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=4>

en que la Inspección del Trabajo no tiene facultades para calificar un hecho como accidente de trabajo, le corresponde a los tribunales de justicia. Por lo que la actuación fue ilegal ya que se abrogó facultades que no tiene. La Corte Suprema confirmó la decisión de primera instancia, sin argumentar.

En esta decisión se discuten asuntos de trámite que no dejan adentrarse en la materia del asunto. Ello resulta gravoso para la víctima pues se desconocen las obligaciones que la empresa tenía con su trabajadora. Asimismo el que no se impongan las sanciones correspondientes desde las distintas ramas del poder público ante un delito de tal magnitud hace que no se le dé la relevancia requerida a tales conductas y permite que éstas se sigan presentando.

Se estudiaron cuatro sentencias favorables. En el primer caso analizado²⁶¹ una mujer sometida a un contexto de violencia por parte de su cónyuge por 11 años, lo golpea con una piedra de 4 kilos inmediatamente después de que él la golpea, ocasionándole lesiones graves. El tribunal absuelve a la mujer.

Es relevante el estudio que hace el tribunal al examinar las situaciones que dieron lugar a la reacción de la mujer y proyecta eximirla de responsabilidad puesto que actuó en defensa propia, para ello le aplica el eximente de actuar impulsada por un miedo insuperable. Para la decisión, el tribunal de la causa, tomó en cuenta el dictamen médico que concluye que la mujer posee lesiones psicológicas graves, producto de la violencia y de las amenazas de muerte de las que ha sido objeto. En el caso se tuvo en cuenta el contexto de violencia en el que vivía la mujer y su incidencia en el actuar de ésta.

En otra de las sentencias se decide sobre la solicitud de salida del país de una menor de edad con la madre, negándose el padre a dar su autorización²⁶². En este caso una mujer de nacionalidad peruana, migrante, residente en Chile, víctima de una grave violencia intrafamiliar por parte de su conviviente, solicita a 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. El tribunal decide otorgar la autorización.

Como argumento de su decisión, el juez indica que resulta altamente conveniente para la menor de edad radicarse en el país de origen de su madre, lugar en el que ésta cuenta con redes familiares de apoyo para poder reiniciar su vida, situación mucho mejor a la actual donde vive en la casa de un tío, no cuenta con el apoyo económico del padre de la niña y tiene una relación disfuncional con éste que ha iniciado causas penales por el delito de maltrato. En esa medida se considera importante la decisión del tribunal al basarse en

261 Corte Suprema de Justicia, Patricia Orellana Díaz/ Luis Cordero Meneses, en Articulación regional feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=39&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=3>

262 Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, RITC1121-2010, en Articulación Regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1053&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=1>

los informes técnicos de la situación de la mujer y los testimonios allegados al proceso que evidencian la situación de violencia a la que se encuentran sometidas tanto ellas como su hija y por ello considera procedente su traslado. El fallo hace referencia a la Convención de los derechos del niño, para fundamentar su decisión, pues se analiza aquí la mejor condición de vida para la niña, pero no se mencionan los derechos de la mujer madre y por ello tampoco se recurre a normatividad específica respecto a los derechos de las mujeres.

En el área del derecho de familia se encontró una sentencia que resuelve una demanda de divorcio sustentada en la causal de violencia intrafamiliar²⁶³ que denota la magnitud de esta problemática en el ámbito doméstico. El juzgado acoge la demanda de divorcio y declara terminado el matrimonio.

El tribunal estudia las múltiples evidencias probatorias respecto de la violencia ejercida por el hombre sobre la mujer teniendo en cuenta el reconocimiento del demandado de haber protagonizado actos de violencia con el fin de la suspensión condicional de la sentencia seguida en un proceso penal de violencia intrafamiliar, la condena que se dio por tal delito y otra denuncia en su contra por violencia intrafamiliar.

Este fallo determina la importancia de salvaguardar la integridad física y psíquica de la mujer y refleja acciones claras con el fin de eliminar estos comportamientos de la sociedad generando el reproche respectivo.

En el área laboral también se encuentra una sentencia favorable en donde una trabajadora que denuncia acoso sexual es despedida²⁶⁴. Ella demanda a su empleador por despido injustificado. Tanto la primera como la segunda instancia acogen las pretensiones de la demanda. El empleador interpone recurso de casación, argumentando inexistencia de la conducta de acoso y la afectación de su honra frente a sus pares y a su familia, además califica este hecho como una injuria. La Corte no acoge tales argumentos y en consecuencia no casa la sentencia.

Indica que no es posible entender, que la sola acción de la demandante para instar por la investigación del acoso sexual que refiere por parte de su superior jerárquico o empleador, constituya *per se* una injuria a la persona de éste, ni sobre la base de la entidad de los comportamientos a que alude la misma, ya que nunca sería posible distinguir una denuncia de otra por cuanto todas supondrían un ánimo de injuriar²⁶⁵.

El tribunal evidencia la gravedad con la que deben contar estos actos en la so-

263 Segundo Juzgado de Familia de San Miguel, Rit 1858, en Articulación Regional feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=792&plcontampi=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=4>

264 Corte Suprema de Justicia, Verónica Chacón Nuñez/ Foto Stereo S.A., en Articulación regional feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=269&plcontampi=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=3>

265 *Ibidem*.

cidad, y por ello la sanción que deben recibir desde las diferentes ramas del poder público tanto en sede administrativa como judicial. El que existan este tipo de fallos protege a las trabajadoras y trabajadores del aprovechamiento de la situación de superioridad que se ejerce por parte de los empleadores a través del despido, además, si se aceptara el argumento de injuria nunca sería posible hacer visibles este tipo de violaciones.

Colombia

De las sentencias favorables analizadas en Colombia se resalta la labor de las altas cortes por tratar de integrar los postulados de derecho internacional que protegen los derechos de las mujeres respecto a la violencia y la violencia sexual. Se analizaron cuatro sentencias.

Dentro de los temas analizados se encuentra la valoración probatoria que deben hacer los tribunales en los casos de violencia sexual y los especiales condicionamientos que se deben respetar para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas y evitar la doble victimización que se puede presentar, con el objetivo de encontrar la verdad.

En este aspecto se encuentra el caso²⁶⁶ donde una mujer interpone acción de tutela contra un juzgado penal por considerar que se incurrió en vía de hecho al decretar y practicar varias pruebas solicitadas por la Fiscalía y la defensa que atentaban contra sus derechos como víctima del delito de acceso carnal violento en persona puesta en incapacidad de resistir, pues tales pruebas estaban dirigidas a investigar la conducta sexual anterior de la víctima y no a esclarecer los hechos y la responsabilidad del imputado.

En este caso se destaca la decisión del alto tribunal en cuanto indica que los instrumentos internacionales han puesto especial atención a la protección y garantía a los derechos de las víctimas de delitos sexuales, en el entendido que este tipo de conductas afectan gravemente la integridad física y psicológica de las personas, así como su dignidad como seres humanos, los cuales pueden verse gravemente afectados si se permite que el proceso penal conduzca a una nueva victimización²⁶⁷.

Adicionalmente indica el alto tribunal los especiales derechos que tienen las víctimas de estos delitos dentro de los cuales se encuentran: “El derecho a ser protegidas contra toda forma de coerción, violencia o intimidación; el derecho a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima; el derecho a que se adopten medidas para evitar injerencias innecesarias en la vida íntima de la víctima; el derecho a solicitar a las autoridades judiciales que se abstengan de ordenar la práctica

266 Corte Constitucional, Sentencia T 453 de 2005, MP Manuel José Cepeda. en Articulación Regional feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=866&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=5>

267 Ibidem.

de pruebas o excluyan las ya practicadas que conlleven una intromisión innecesaria, o desproporcionada de su derecho a la intimidad; el derecho a que se entienda que no existe consentimiento real y libre de presiones, por la simple ausencia de rechazo físico o de expresiones que lo exterioricen”²⁶⁸.

El despacho entonces, hace uso de las reglas de procedimiento y prueba del Estatuto de Roma para indicar que si la intromisión en la vida íntima de la víctima sólo está orientada a deducir un supuesto consentimiento a partir de inferencias basadas en relaciones privadas anteriores o posteriores y distintas de la investigada, tal intromisión no responde a un fin imperioso, y por lo tanto, debe ser rechazada²⁶⁹. En esa medida excluye todas aquellas pruebas que tiene ese fin, como el testimonio de antiguos compañeros sentimentales y una carta en la que se infiere una relación amorosa.

La sentencia mencionada se ha convertido en referencia a nivel nacional para la garantía de las víctimas de violencia sexual en lo que tiene que ver con la valoración probatoria, y se ha constituido como precedente que tiene que ser observado en casos futuros. Menciona todo el marco internacional de protección de los derechos de las víctimas de violencia sexual, indicando igualmente doctrina y jurisprudencia al respecto²⁷⁰.

Otra de las sentencias estudiadas se refiere al tema de la violencia dentro del conflicto armado, siendo la única sentencia que se encuentra sobre este tema dentro del análisis de los diferentes países, lo que obedece al difícil contexto de conflicto armado que aún no se ha logrado superar en Colombia.

El Auto 092 de 2008²⁷¹ fue expedido por la Corte Constitucional como consecuencia del seguimiento de la sentencia T-025 de 2004 la cual declara el estado de cosas inconstitucional frente a la población en condición de desplazamiento por considerar que existe una vulneración sistemática de los derechos de esta población. El auto imparte una serie de órdenes a entidades nacionales y territoriales con el fin de que sean atendidas las necesidades básicas de esta población; asimismo y en desarrollo de la sentencia mencionada, adopta

268 Corte Constitucional, Sentencia T 453 de 2005, MP Manuel José Cepeda, en Articulación Regional feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=866&plcontempl=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=8&cni3=5>

269 Ibidem.

270 Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, 1985. Declaración sobre la eliminación de violencia contra la mujer, 1979. Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, 1999. Definición de la competencia de los Tribunales Internacionales Ad hoc para Yugoslavia y Ruanda, Estatuto de la Corte Penal Internacional Reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, 1994. Jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Caso N°. 12.350 contra Bolivia, Caso N°. 11.565 contra México. Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos: caso Aydin contra Turquía, caso M.C. contra Bulgaria, caso E. y otros contra al Reino Unido. Legislación penal de Estados Unidos, Canadá, España, Dinamarca.

271 Corte Constitucional, Auto 092 de 2008, MP Manuel José Cepeda, en Articulación Regional feminista, en: <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=55&plcontempl=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=8>

medidas especiales de protección de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado por causa del conflicto armado. En él se ordena elaborar trece programas específicos para contrarrestar las facetas de género que atacan de manera específica a las mujeres, programas que deben articularse con los elementos de la política pública existente.

La relevancia de este auto radica en el reconocimiento de que las mujeres son sometidas a riesgos específicos como el riesgo de violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual en el marco del conflicto armado, el riesgo de explotación o esclavización para ejercer labores domésticas y roles considerados femeninos en una sociedad con rasgos patriarcales, por parte de los actores armados ilegales, el riesgo de reclutamiento forzado de sus hijos e hijas por los actores armados al margen de la ley, los riesgos derivados del contacto o de las relaciones familiares o personales —voluntarias, accidentales o presuntas— con los integrantes de alguno de los grupos armados ilegales que operan en el país o con miembros de la Fuerza Pública, los riesgos derivados de su pertenencia a organizaciones sociales, comunitarias o políticas de mujeres, o de sus labores de liderazgo y promoción de los derechos humanos en zonas afectadas por el conflicto armado, el riesgo de persecución y asesinato por las estrategias de control coercitivo del comportamiento público y privado de las personas, que implementan los grupos armados ilegales en extensas áreas del territorio nacional; el riesgo por el asesinato o desaparición de su proveedor económico o por la desintegración de sus grupos familiares y de sus redes de apoyo material y social; el riesgo de ser despojadas de sus tierras y su patrimonio con mayor facilidad por los actores armados ilegales dada su posición histórica ante la propiedad, especialmente las propiedades inmuebles rurales; los riesgos derivados de la condición de discriminación y vulnerabilidad acentuada de las mujeres indígenas y afrodescendientes; y el riesgo por la pérdida o ausencia de su compañero o proveedor económico durante el proceso de desplazamiento.

Asimismo plantea la decisión que el desplazamiento interno tiene numerosas facetas de género que explican su impacto cualitativamente desproporcionado y diferencial sobre el ejercicio de los derechos fundamentales de un número igualmente desproporcionado de mujeres las cuales se pueden agrupar en dos categorías fundamentales i. los patrones de violencia y discriminación de género que de por sí preexisten en la sociedad colombiana y que se ven intensificados exponencialmente tanto por (a) las condiciones de vida de las mujeres desplazadas, como por (b) el impacto diferencial y agravado de las fallas del sistema oficial de atención a la población desplazada sobre las mujeres, y los problemas y necesidades específicos de las mujeres desplazadas como tales, que no son experimentados ni por las mujeres no desplazadas, ni por los hombres desplazados²⁷².

272 Corte Constitucional, Auto 092 de 2008, MP Manuel José Cepeda, en Articulación Regional feminista, en: <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=55&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

Resalta la Corte que frente a estas situaciones descritas es necesario que las políticas públicas tengan en cuenta estos riesgos y estas facetas de género, para suplir las necesidades específicas de esta población pues el diseño de una política neutra no supliría las necesidades de las mujeres víctimas del desplazamiento y del conflicto armado. Teniendo en cuenta además que la violencia sexual dentro del conflicto armado se intensifica y es utilizada para conseguir fines propios de la guerra que termina teniendo graves consecuencias sobre las vidas de las mujeres²⁷³.

Podemos afirmar entonces que el cuerpo de la mujer sea utilizado como arma de guerra sólo es una demostración del poderío que los hombres siempre han tenido sobre las mujeres y la demostración más clara es la disposición sobre sus cuerpos como estrategia de guerra, para infundir terror en las víctimas y en la comunidad.

En esta decisión se hace referencia a un margen garantista tanto de derecho internacional de los derechos humanos como de derecho internacional humanitario.

En casos de violencia sexual por fuera del conflicto armado las sentencias de Colombia tratan problemáticas similares a la de los otros países analizados, como el tema del consentimiento cuando hay de por medio la existencia de vínculos matrimoniales, uniones maritales, relaciones sentimentales o de cualquier otra índole en la pareja. Por ejemplo, se estudia un caso donde una mujer es víctima de un hombre que había tenido una relación con ella, la atropella y la conduce a su apartamento donde la golpea y la obliga a practicarle sexo oral y la accede posteriormente vía anal²⁷⁴.

La corte señala expresamente que no se puede excluir o justificar la perpetración de comportamientos de índole violenta que afectan la libertad sexual y la dignidad de la mujer en casos donde existe o ha existido un vínculo sentimental. Establece enfáticamente respecto al elemento violencia que en los delitos contra la libertad sexual que se ejercen mediante tal elemento, no es procedente abordar las calidades y condiciones de la víctima, ni mucho menos estimar si debió haberse comportado de alguna manera en aras de no facilitar la producción del resultado típico, por la sencilla razón de que la creación del riesgo no permitido le concierne única y exclusivamente al autor²⁷⁵.

La sentencia no es ajena a reconocer los distintos prejuicios que surgen en este tipo de casos y por ello hace un análisis de la posición de la mujer en la sociedad y reprocha que argumentos discriminatorios jueguen un papel im-

273 Corte Constitucional, Auto 092 de 2008, MP Manuel José Cepeda, en Articulación Regional feminista, en: <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=55&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

274 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. Radicado N° 23508. M.P: Julio Enrique Socha Salamanca, en Articulación Regional feminista, en: <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=359&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=3>

275 *Ibidem*.

portante dentro del juicio penal, pues esto atenta contra los derechos de las mujeres a vivir una vida digna y libre de violencia, dice además que está fuera de todo razonamiento que se haga uso de la situación de vulnerabilidad de la mujer en provecho del procesado.

La valoración probatoria es garantista en la medida que si bien la denunciante ha consentido muchas de las agresiones de este hombre y tolerado la relación anormal que han tenido durante muchos años, esta circunstancia no resta fuerza probatoria a su denuncia, pues no puede negársele el derecho que tiene de acudir a la justicia luego de ser víctima de agresión que no quiso consentir. El demandado quiso que la sala tuviera presente la vida íntima, sexual y moral de la mujer para probar que dicho acto fue consentido, ignorando, por un lado, que una consideración en tal aspecto menoscaba los derechos fundamentales de la víctima y que, por otro lado, en la demostración del ingrediente normativo de la violencia es en absoluto irrelevante analizar la conducta del sujeto pasivo, a menos que esté relacionada con la verificación de un estado de vulnerabilidad. Por supuesto la solicitud del demandado no fue de recibo de la sala²⁷⁶.

Se resalta la mención que hace la sentencia a instrumentos del sistema universal y del sistema regional respecto a la protección de los derechos de la mujer.

En otra de las decisiones se analiza el caso en el que una mujer asesina a su compañero del cual había sido víctima de reiterados maltratos, que incluían encierro, amenazas, violencia física, restricción de alimento²⁷⁷.

En esta sentencia la corte hace uso del atenuante de ira e intenso dolor que generalmente es aplicado en los mal llamados crímenes pasionales. De esta manera la Corte establece que la lectura que hizo el Tribunal acerca de la situación fáctica descrita por la mujer, no fue consecuente con los instrumentos internacionales suscritos, aprobados y ratificados en nuestro país que propugnan por la eliminación de cualquier tipo de discriminación que atente en contra de los derechos fundamentales de la mujer, sin perjuicio de que se trate del sujeto activo o pasivo del delito.

Indica que el Tribunal de segunda instancia incurrió en una valoración discriminatoria en contra de la mujer, no sólo al ignorar o minimizar todos los aspectos fácticos narrados por ella, sino también al estimar que el solo acto de ser encerrada en un inmueble sin alimentos carecía de las connotaciones de gravedad necesarias para producir consecuencias jurídicas en la imposición de la pena, e incluso al sugerir que podía tratarse de un acto tolerado por esta persona, en la medida en que había sido vista barriando la puerta y lavando el

276 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. Radicado N° 23508. M.P: Julio Enrique Socha Salamanca, en Articulación Regional feminista, en: <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=359&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=3>

277 *Ibidem*.

patio, demostrando cualquier comportamiento contrario a derecho, al asociar estas labores propias de los roles asumidos por la mujer²⁷⁸.

Con el análisis anterior, el tribunal llega a establecer que la acción perpetrada por la mujer, de disparar en dos oportunidades en contra del hombre, obedeció a la privación de la libertad a que él la sometía, así como al maltrato tanto físico como psicológico del cual había sido objeto en varias oportunidades. La Corte fundamenta su fallo en la normatividad internacional respecto a la eliminación de la violencia y la discriminación en contra de la mujer y si bien reconoce la existencia de un delito y una condena por ello, aplica la atenuante de ira e intenso dolor que para el caso concreto actúa disminuyendo la pena. El fallo pudo haber llegado a ser más garantista al determinar la acción de la mujer como defensa propia y en consecuencia haberla absuelto.

A su vez, se estudiaron cuatro sentencias atentatorias de los derechos de las mujeres. La primera de ellas hace referencia al elemento violencia como determinante del tipo. Es el caso²⁷⁹ donde un hombre realiza tocamientos sobre las nalgas y la vagina de una mujer cuando este pasaba en su bicicleta. El hombre había sido condenado por acto sexual violento. Razón por la cual acude al recurso de casación. En donde la Corte Suprema de Justicia casa la sentencia y absuelve al condenado.

En esta sentencia se argumenta que “no es la fuerza con que el acusado haya realizado los actos de tocamiento sobre el cuerpo de la mujer afectada lo que debe considerarse para determinar la existencia de la violencia, sino la conducta que hubiere desplegado para dominar la resistencia de la víctima, para intimidarla a aceptar la ejecución del acto sexual”²⁸⁰.

En esa medida y teniendo en cuenta que el “ataque fue fugaz; tan fugaz, que es imposible hablar de agresión sexual pues, como se vio, de cara al bien jurídico protegido es esencial una mínima permanencia, que no la hubo en este caso”²⁸¹, determina que “la conducta consistente en realizar tocamientos fugaces e inesperados en las partes íntimas del cuerpo de una persona capaz sin su aquiescencia es, sin duda, un acto reprochable, que constituye delito de injuria, concretamente en su modalidad injuria por vía de hecho”²⁸².

Concluye entonces que como la conducta es atípica por falta de uno de los elementos que estructuran el tipo penal, como lo es la violencia, el fallo debió ser absolutorio y por ello declara la nulidad por violación al debido proceso. Con

278 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. Radicado N° 23508. M.P: Julio Enrique Socha Salamanca, en Articulación Regional feminista, en: <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=359&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=3>

279 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, Proceso 25743, Sentencia del 26 de octubre de 2006, en Articulación Regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=120&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=5>

280 *Ibidem*.

281 *Ibidem*.

282 *Ibidem*.

ello se crea un precedente, contrario a derecho en el cual se exige resistirse y expresar oposición ante la agresión sexual para poder configurar los delitos sexuales violentos.

Considera que este acto era una ofensa a la moral y las buenas costumbres y no un acto de carácter sexual, pues los actos no tenían ese carácter y la fugacidad de los mismos no afectaban los bienes jurídicos en cuestión. Apartándose de los planteamientos realizados por el tribunal que conoció el caso en segunda instancia el cual acertadamente estableció que los tocamientos tenían un contenido erótico.

La Corte advierte que “una nalgada no cercena, sustancial o materialmente la facultad de escoger comportamientos en temas sexuales, y tampoco desintegra el bagaje sexual que pueda tener una persona de 26 años de edad y no deforma la constitución física y mental que sobre el mismo punto posea la persona”²⁸³ pues lo considera como un ataque fugaz y ligero.

Con esta concepción lo que se cercena es el concepto de libertad sexual, pues la Corte no le otorga su verdadero alcance a la misma, que debe comprender el derecho a decidir sobre el cuerpo en materia sexual y quien puede tocarlo y quién no. Así la judicatura en estos casos debe considerar que es lo que la persona entiende por materia sexual y cuando su derecho a decidir sobre la misma se encuentra vulnerado²⁸⁴.

La determinación o no de si un acto vulnera el bien jurídico no puede estar condicionada a la velocidad con que este se realiza. Como bien lo señala la fiscalía en este caso “La fugacidad puede ser mucho más violenta que la premeditación o la demora”²⁸⁵. El juez no puede condicionar el derecho a decidir sobre el cuerpo de una persona en materia sexual a que el autor realice los actos lenta o rápidamente para determinar si lo que sufrió la víctima fue una ofensa a las malas costumbres a una violación a su libertad e integridad sexual.

Como lo menciona la Corporación Humanas en un estudio realizado al respecto “se debe buscar erradicar aquellas conductas sexuales que objetivizan a las mujeres o consideran que sus impulsos son propios de la naturaleza masculina, pues esa concepción banaliza las conductas y convierte un delito en un hecho quejoso”²⁸⁶.

283 *Ibíd.*

284 Humanas, Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos entre mujeres y niñas. Pág. 89.

285 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, Proceso 25743, Sentencia del 26 de octubre de 2006, en Articulación Regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=120&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=5>

286 Humanas, Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos entre mujeres y niñas. Pág. 8.

Otra de las sentencias estudiadas²⁸⁷ que toma como precedente la anterior sentencia señala que los tocamientos y los besos a los que fue sometida una niña por parte de un tendero no tienen carácter sexual y por tanto se configurarían como una injuria por vías de hecho.

Asegura la decisión que el comportamiento del procesado no tiene la entidad para comprometer el interés jurídico que tutelan las normas que describen las agresiones sexuales, porque, “en estricto, no hubo un acto de connotación sexual que de alguna manera afecte siquiera la formación sexual de la ofendida, ni la integridad, ni la libertad sexuales”²⁸⁸. Ahonda en el tema indicando que “el comportamiento no alcanza la connotación de perjuicio a la libertad, integridad y formación sexuales de la niña, quien dada su capacidad de raciocinio compatibles con esa edad (nueve años), permiten concluir que a más del trato agresivo no sufrió alteraciones sustantivas en la “formación sexual”, entendida como facultad optativa para determinarse en el futuro en materia sexual”²⁸⁹.

No obstante se realiza de este caso los argumentos de tres salvamentos de voto en donde se indica que es completamente adecuado a derecho el fallo de las instancias anteriores mediante las cuales se condenó al hombre como autor de delito de actos sexuales abusivos: Así indica que “aunque parezca que la pena resulta exagerada, no es posible hacer esguinces dogmáticos para ubicar los hechos en una más benigna adecuación típica, que de ninguna manera, registra adecuada y suficientemente lo materialmente realizado, el querer del agresor y el efecto dañoso que pudo producir en la víctima”²⁹⁰.

Se estudió otra sentencia²⁹¹ que trata el tema de la violencia, donde un grupo de hombres hurta varios objetos a dos mujeres que salen de un establecimiento público y al concluir el hurto uno de los hombres se queda con ellas, y las obliga a practicarle sexo oral. La Corte casa la sentencia del Tribunal y ordena la absolución de los procesados.

La decisión dice que: “La conducta típica de estos comportamientos requiere que la violencia se ejerza mediante la fuerza física o la coerción moral, utilizada por el agente para subyugar y avasallar la voluntad de la víctima”²⁹². Precizando que “Si la violencia o intimidación es utilizada para vencer la resistencia de la víctima, por regla general, ante el asalto, tiene que haber una respuesta negativa de ésta, que finalmente resulta dominada por el autor. Entre agresor

287 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P: Alfredo Gomez Quintero. N° Radicado: 29117, en Articulación Regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=88&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=4>

288 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P: Alfredo Gomez Quintero. N° Radicado: 29117, en Articulación Regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=88&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=4>

289 *Ibidem*.

290 *Ibidem*.

291 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. M.P: José Leonidas Bustos Martínez. N° Radicado: 29308, en Articulación Regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=187&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=4>

292 *Ibidem*

y agredido debe mediar una lucha, que tanto la fuerza —material o moral, se entiende— como la resistencia”²⁹³.

Continua afirmando que “las aparentes víctimas no ejercieron ningún tipo de resistencia, ellas misma indicaron que el procesado no tenía armas con las que pudiera obligarlas a cumplir sus deseos y, si bien dijeron haber sentido temor, no resulta posible concluir, que por este exclusivo motivo vieron doblegada su voluntad”²⁹⁴.

La sentencia hace referencia a la inferioridad de talla y peso del procesado, además dice que el hurto del que fueron víctimas no les impedía oponerse a las agresiones sexuales y que no resulta común que el sujeto pasivo de un hurto agravado y calificado, acceda a las pretensiones sexuales que se le antojen al actor de esa ilicitud, sin ejercer ningún tipo de oposición y sin clamar, porque no se le haga víctima de este otro atentado.

En esta sentencia igualmente se asigna un deber de actuar de la víctima, imponiendo una duda respecto al consentimiento de éstas. Atribuye más elementos de los que el tipo trae pues este establece que el acto se realice mediante violencia mas no que la víctima se oponga manifiestamente a la agresión, pues el objeto del proceso es la conducta del autor y no la de la víctima.

Posturas como éstas implican un desconocimiento de la jurisprudencia constitucional en donde se ha determinado que no es posible desestimar el elemento violencia en estos delitos por la ausencia de resistencia²⁹⁵, esto lo había dicho la Corte acogiendo los argumentos de las normas internacionales como las reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal internacional para adecuar a la valoración probatoria de la violencia sexual donde se sienta la prohibición de inferir el consentimiento de las víctimas a partir de la ausencia de resistencia física.

Aquí también se hace relevante el salvamento de voto realizado por un magistrado, pues en él se indica que “ese tipo de exigencias muestran una marcada discriminación de género, evidentemente anclada en tópicos del pasado, uno de los cuales, refería casi como verdad concluyente que si la mujer era accedida ello necesariamente obedecía a su querer, o cuando menos, a que no realizó lo suficiente para evitarlo, con lo que se facultaba esa doble victimización que tanto daño causó y evitó las más de las veces la efectiva denuncia de delitos del tenor del examinado”²⁹⁶.

293 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. M.P: José Leonidas Bustos Martínez. N° Radicado: 29308, en Articulación Regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=187&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=4>

294 *Ibidem*.

295 Corte Constitucional, Sentencia T 453 de 2 de mayo de 2005, MP Manuel José Cepeda, en Articulación Regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=866&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=5>

296 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. M.P: José Leonidas Bustos Martínez. N° Radicado: 29308, en Articulación Regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=187&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=4>

Otro salvamento de voto indica que es irrelevante ponderar si se presentó o no la “desproporción de fuerzas en la medida en que las denominadas víctimas eran dos mujeres adultas que enfrentaban a un solo hombre de frágiles condiciones físicas”, porque la comisión de conductas punibles como las que motivaron este caso no se encuentra condicionada ni legal ni fácticamente a la constatación de fuerzas entre víctima y victimario, pues sin duda, tratándose de fuerza moral el dato sobre la contextura de quien realiza el comportamiento y de quien lo soporta resulta intrascendente²⁹⁷.

Las dificultades en la adecuación típica también resultan algunas veces en vulneraciones de los derechos de las mujeres, por ejemplo en otro de los casos estudiado²⁹⁸, dos hombres comparten bebidas alcohólicas con una menor de edad y posteriormente la violan. En primera instancia son condenados y en segunda absueltos. La fiscalía interpone recurso de casación. La Corte no casa la sentencia al encontrar vulnerado el principio de congruencia, por no haber fallado el juzgador por el mismo delito por el que el acusador pidió condena.

El punto de debate es si la víctima fue puesta en incapacidad de resistir por los autores o si estos se aprovecharon de este estado al haber ésta ingerido bebidas alcohólicas. La Corte señala que “el juez de primera instancia se equivocó al estimar que la única diferencia entre ellas era la pena más benigna del abuso con respecto a la violación, sin advertir que su ubicación en capítulos diferentes los hacen en esencia disímiles en su núcleo fáctico, no obstante que ambos compartan el acceso carnal o acto sexual como ingrediente común”²⁹⁹.

Indica la Corte que el juez de primera instancia perdió de vista que la diferencia fundamental radica en la manera en que se llega al acceso carnal: “en el primer caso, a través de una manifestación violenta por parte del agente —al inducir en la víctima un estado que le impide ejercer resistencia— y, en el segundo, aprovechando la existencia previa de dicha circunstancia. Por ello las dos conductas no son idénticas en su núcleo esencial”³⁰⁰.

Con esta decisión más allá de los aspectos procesales que pudieron llegar a suscitarse, se desconoce —como lo menciona la fiscalía del caso— “La labor que debe cumplir el juez, cuando se trata de analizar conductas que afectan los derechos y garantías fundamentales de las víctimas, debe centrarse en un trato más especial para aquellas que son menores de edad”³⁰¹.

El fallo sólo se fundamenta en la normatividad nacional y desconoce las normas sugeridas por la fiscalía como la CADH 1° y 3° , Convención sobre los

297 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. M.P: José Leonidas Bustos Martínez. N° Radicado: 29308, en Articulación Regional Feminista, en <http://demo50.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=187&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=4>

298 *Ibidem*.

299 *Ibidem*.

300 *Ibidem*.

301 *Ibidem*.

Derechos del Niño, 1°, 2°, 3°, 4° y 7°, Convención de Belém do Pará. Con ello se advierte una vulneración al derecho a obtener justicia pues por este tipo de errores procesales los hombres fueron absueltos.

Ecuador

En Ecuador se estudiaron cuatro sentencias favorables. En la primera de ellas se revisó una consulta constitucional que se hizo, respecto a la constitucionalidad de los artículos del código de procedimiento penal que versan sobre actos probatorios urgentes realizados por la policía y la ineficacia probatoria de las pruebas que vulneren las garantías constitucionales³⁰².

A juicio del solicitante las normas no facultan a los agentes fiscales para realizar tales acciones lo cual deriva en que las diligencias así realizadas puedan no tener efecto alguno. Por ello en la aplicación de tales normas en los delitos de carácter sexual pueden vulnerarse los derechos de las víctimas. La Corte decide declarar la Constitucionalidad de la normatividad demandada.

La Corte indica que el derecho a la verdad, reconocido por el sistema interamericano de derechos humanos y por la Constitución en el Art. 78, es un derecho de las víctimas, que exigen en el caso concreto que se haga justicia. Señala que “debe haber un trato preferente a las víctimas, especialmente en la obtención y valoración de las pruebas, debiendo investigar seriamente los hechos, en busca de producir resultados satisfactorios, que proporcionen información real de los hechos a las víctimas y a sus familiares”³⁰³.

En esa medida establece que el debido proceso penal implica la obligación de proteger los bienes jurídicos de las personas mediante la imposición de una sanción y el de respetar los derechos constitucionales de los individuos sometidos al proceso. Por ello, quienes realicen los procesos deberán ser los operadores y operadoras que conocen de los delitos de violencia sexual y que deben contar con procedimientos respetuosos de los derechos de las víctimas, que impidan una nueva vulneración a estos³⁰⁴.

La Corte señala que la normatividad sujeto de estudio debe ser entendida en el sentido de que en los casos de violencia sexual se justifica la urgencia de la medida que podría ser adoptada por el fiscal, permitiéndole recoger elementos probatorios para incorporarlos al proceso siempre que respete el derecho de contradicción. De esta forma “en los delitos de violencia sexual existe la prohibición constitucional de revictimización en la prueba, por ello como excepción los jueces de garantías penales pueden recibir y practicar los

302 Corte Constitucional, Tribunal penal solicita pronunciamiento Corte Constitucional sobre constitucionalidad normas procedimentales penales en relación prueba practicada por violación, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=67&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

303 *Ibidem*.

304 *Ibidem*.

testimonios urgentes de las víctimas de violencia sexual, que surtirán eficacia probatoria en la etapa de juicio.

Se practicaran en diligencia, con presencia de la defensa y cumplirá con el mismo procedimiento y respeto a las principales garantías y principios fijados para el testimonio en el juicio”³⁰⁵.

Señala el tribunal que “las situaciones de excepción deben ser justificadas por el fiscal, la policía o las partes, que son las que solicitan al juez que por urgencia se realice un acto probatorio. Así, en los casos de excepcionalidad se encuentran los delitos de violencia sexual los cuales por tener un peso adicional o una estructura de exigibilidad más fuerte, implican el deber a que se haga justicia incluso a que se introduzcan reglas especiales en razón de la especial condición que genera”³⁰⁶.

De esta manera la Corte al hacer una interpretación acorde con los derechos humanos de las víctimas de estos delitos, concilia las dos normas que en principio podrían parecer contradictorias y en consecuencia le otorga la facultad al fiscal para realizar pruebas urgentes así en la normas solo faculta a las autoridades de policía. Además basa su decisión en normatividad internacional respecto a la protección de las víctimas.

Otro de los casos estudiados aborda la problemática de la inexistencia del testimonio de la victima menor de edad y de sus padres dentro del juicio para establecer la responsabilidad del procesado en el delito de violación³⁰⁷.

La Corte acertadamente indica que el Tribunal Penal receptó en etapa de juicio las pruebas sobre la existencia del delito y la responsabilidad del acusado las que fueron valoradas y judicializadas por el juzgador en el fallo conforme a las reglas de la sana critica. Lo cual incluye que “la responsabilidad se demostró mediante otro medio de prueba como lo es el testimonio juramentado del perito que ratifica el contenido del informe médico ginecológico en el que describe que en el reconocimiento de la víctima se encontraron mordeduras humanas, hematomas y golpes en la cabeza, vulva inflamada y enrojecimiento por traumatismo directo, himen sangrante, desfloración reciente, lo que permite suponer que hubo una actividad sexual violenta”³⁰⁸.

305 Corte Constitucional, Tribunal penal solicita pronunciamiento Corte Constitucional sobre constitucionalidad normas procedimentales penales en relación prueba practicada por violación, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=67&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

306 *Ibidem*.

307 Corte Nacional de Justicia, Violación Segundo Henry Castillo Delgado contra niña Lara, en Articulación regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=312&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

308 Corte Nacional de Justicia, Violación Segundo Henry Castillo Delgado contra niña Lara, en Articulación regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=312&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

En esa medida la Corte hace valer el principio de libertad probatoria, sin dejar de lado los requisitos en la introducción y valoración de la prueba y de imponer estándares acorde a la naturaleza del delito.

Aquí vale recordar que las reglas de procedimiento y prueba del Estatuto de Roma indican que no se requiere la corroboración del testimonio de la víctima en los delitos de violencia sexual. Este estándar internacional podría ser utilizado como respaldo para aquellos juzgadores que se encuentren en casos similares.

El mismo análisis debe realizarse en otro de los casos en sede de Corte Nacional de Justicia donde se estudia el caso de una menor de edad que es víctima de abuso sexual por parte de su padre quien dentro del proceso penal es absuelto por existir duda en la participación del hecho que se juzga, en virtud de la insuficiencia de prueba, ya que no han comparecido a rendir testimonio en el juicio ni la agraviada ni la denunciante³⁰⁹. La Corte decide casar la sentencia y en consecuencia declarar culpable al procesado.

La Corte señala que en los delitos de carácter sexual, por la naturaleza de la infracción resulta difícil aportar prueba directa sobre los hechos, de modo que generalmente se infiere una responsabilidad por prueba indirecta y en el caso la contundencia de la prueba aportada no provoca duda y por tanto resulta también errado aplicar el principio de *in dubio pro reo*. Indica que “el tribunal no valoró como corresponde las pruebas pedidas, valoradas, practicadas e incorporadas en la audiencia reservada, que se relacionan como prueba documental y testimonial idónea de la cual fluye la existencia material del delito de violación y en consecuencia la responsabilidad penal del acusado. Teniendo en cuenta que debe recibirse el testimonio del perito médico legista quien al ratificarse en su informe, señala que la víctima presentaba un himen totalmente desflorado, que la víctima debe recibir atención psicológica y protección familiar; asimismo el informe de la psicóloga que atendió a la niña cuando se fugó de su casa y el informe de la trabajadora social del hogar en el que se encontraba la víctima³¹⁰.

En este caso también es de relevancia la libertad probatoria, y que el testimonio de la víctima no se introduzca dentro del proceso, no implica que el juez no pueda tener otras pruebas idóneas para encontrar la responsabilidad del imputado.

Otro de los casos estudiado no es un fallo judicial pero se estudia, porque es una reforma legal que tiene importancia para el tema. Mediante una ley se introducen normas respecto a la protección de las víctimas

309 Corte Nacional de Justicia, Violación Loor Zambrano contra Loor, en Articulación regional Feminista, en Valdez <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=294&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=1>

310 *Ibidem*.

en los delitos de carácter sexual, por ejemplo: Dentro de los exámenes periciales, si se trata de exámenes corporales la mujer a quien deba practicárseles podrá exigir que quienes actúan como peritos sean personas de su mismo sexo. Si se trata de delitos sexuales o lesiones producto de violencia intrafamiliar contra mujeres, niñas, niños o adolescentes, el juez prohibirá al procesado que tenga cualquier tipo de acceso a las víctimas o realice por sí mismo o por medio de terceras personas actos de persecución o de intimidación a las víctimas o a cualquier miembro de la familia. Dentro de los delitos en los que no se puede solicitar arresto domiciliario se incluye la violación. Las mujeres embarazadas privadas de la libertad que no puedan beneficiarse con la sustitución de la prisión preventiva cumplirán la medida cautelar en lugares especialmente adecuados para este efecto³¹¹.

Mediante estas medidas se cumple con la función del Estado, utilizar todos los cauces para erradicar la violencia contra la mujer con el fin de juzgar a quienes ejerzan estas conductas, protegiendo siempre los derechos de las víctimas.

Igualmente, se estudiaron tres sentencias atentatorias de los derechos de las mujeres. La primera sentencia estudiada³¹² decide el caso de un hombre que fue beneficiario de una resolución de amnistía por su labor de resistencia y protesta ciudadana a favor de la comunidad. Sin embargo no se le ha dado la libertad por encontrarse sentenciado por el delito de violación a una niña. El hombre interpone acción de Incumplimiento ante la Corte Constitucional con el fin de que se cumpla la resolución de amnistía que a su parecer cobija el delito de violación. La Corte accede a las pretensiones del accionante y ordena su libertad.

En este caso se evidencia cómo decisiones de política criminal, pueden afectar los derechos de las víctimas, convirtiéndose el análisis jurídico en asuntos meramente procesales. Ello se observa cuando la Corte constitucional indica que, aunque el delito de violación no esté contemplado en la consideración 4 de la amnistía, puesto que es tan solo un listado ejemplificativo y no taxativo, inequívocamente se encuentra dentro del listado de los delitos a amnistiarse, por lo que el accionante está capacitado para acogerse a la amnistía del delito sexual imputado.

Frente a la afirmación del accionante respecto a un plan en su contra al indicar un acuerdo entre la empresa maderera y el tío de la niña supestandamente violada podría decirse que como bien lo señala uno de los

311 Reformas Código Penal y de Procedimiento Penal, en Articulación Regional feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=283&plcontamp=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

312 Corte Constitucional, Villalta demanda acción de incumplimiento en Amnistía otorgada por Asamblea Constituyente a defensores de derechos humanos "criminalizados", en Articulación regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=326&plcontamp=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=1>

magistrados: “No se comprobó la existencia de un acuerdo entre representantes de la empresa maderera y el denunciante (tío de la menor de edad) pero si se demostró su responsabilidad dentro del delito que se le imputó”³¹³.

Por otro lado no se le da la gravedad que tiene el delito sexual, al indicar que: “Si bien el delito de violación lesiona un bien jurídico que no está relacionado con el delito político, la resistencia del accionante a favor de un bosque patrimonial del Estado fue de tal magnitud que concluyó en una resolución constitucional que dispone la reversión de titularidad del bosque al Estado ecuatoriano”³¹⁴.

Es posible resaltar los argumentos incluidos en un salvamento de voto en donde se indica que del proceso penal donde se juzga la violación no llegó a advertirse que este tuviese relación con la labor de activista ambiental que cumplía el hombre y que por tal razón estaba siendo perseguido.

La Corte pasa a analizar circunstancias más allá de la ocurrencia del delito al indicar que: “Llama la atención que la niña al haber sido violada por otro individuo, ni el padre ni nadie de la familia haya realizado la denuncia respectiva. Cómo se explica que frente a la supuesta violación perpetrada por el accionante el asunto se torna en una noticia nacional y de forma muy pronta el tío de la supuesta agraviada realiza la acusación particular”³¹⁵.

Indica que al existir una manifestación pública por parte de la supuesta agraviada en donde señala que no fue perpetrada por el hombre, esta debió aco-gerse en el proceso y realizarse la investigación correspondiente. Ello en aras de salvaguardar no sólo la inocencia del individuo sino además la integridad de la supuesta agraviada³¹⁶.

Desconoce el tribunal que tales declaraciones no fueron dadas dentro de un juicio penal que es lugar propicio para declarar la responsabilidad. El proceso penal llevado a cabo surtió todas las etapas y valoró todas las pruebas para determinar que el hombre era responsable del ilícito, aún así no se valora el tipo penal separadamente de otras acciones sociales y/o políticas del sindicado, sino que se valoran estas últimas por encima de la comisión de un hecho punible.

En otro de los casos analizados, se solicita concepto a la Corte Constitucional respecto a las competencias y atribuciones de Comisarías de la Mujer y Ley contra la Violencia a la Mujer en el régimen de transición hacia

313 Corte Constitucional, Villalta demanda acción de incumplimiento en Amnistía otorgada por Asamblea Constituyente a defensores de derechos humanos “criminalizados”, en Articulación regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=326&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=1>

314 *Ibidem*.

315 *Ibidem*.

316 *Ibidem*.

la adaptación de todos los organismos del Estado a la nueva Constitución Ecuatoriana³¹⁷.

La Corte indica que respecto a su naturaleza jurídica, las Comisarías de la Mujer, son organismos preconstitucionales que formaban parte del Ejecutivo, que eran despachos dependientes del Ministerio de Gobierno. Tal situación cambió con la nueva Constitución, en virtud de la aplicación del principio de unidad jurisdiccional. Este principio capital de la administración de Justicia, dispone que ninguna persona o autoridad podrá desempeñar funciones judiciales, a excepción de los jueces.

En esa medida señala que en lo que atañe a sus competencias y mientras se dicta la nueva Ley Orgánica de la Función Judicial, que deberá definir la cuestión, éstas serán, provisionalmente, las establecidas en la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia: “Las Comisarías de la Mujer y Familia, deberán continuar atendiendo y despachando las causas que se encuentren en su conocimiento, así como las que se presenten desde la vigencia de la Constitución, al amparo de las normas de la Ley de la materia, que se encuentra vigente, en todo lo que no se oponga a la Constitución; y, no podrán alegar falta de despacho, bajo el argumento de una aparente indefinición respecto de su dependencia funcional”³¹⁸.

Lo problemático de esta situación es que las facultades jurisdiccionales de las comisarías de familia podrían trasladarse a otro organismo que no sea especializado en el tema al expedir la nueva ley de Administración de justicia. Pues la naturaleza de las comisarías de familia es netamente administrativa. Por lo demás no se encuentra atentatoria la decisión pues está de acuerdo a los parámetros legales y constitucionales.

La última de las decisiones estudiadas es la ratificación del Acuerdo para la implementación económica de bases de datos compartidas de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad del MERCOSUR y Estados asociados³¹⁹.

La Corte indica que el acuerdo ministerial no regula ni restringe derechos constitucionales sino que busca adoptar medidas de protección para los niños niñas y adolescentes y que existe absoluta adecuación con el texto de la Constitución vigente, pues mantiene absoluta concordancia con lo determinado en el numeral 5 del Art. 40 de la Constitución ecuatoriana que dice: “El Estado ecuatoriano mantendrá la confidencialidad de los datos de carácter

317 Corte Constitucional, Constitucionalidad normas penales referidas a prueba, “, en Articulación regional Feminista, en:<http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1143&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=1>

318 Ibidem

319 Corte Constitucional, Ratificación Acuerdo para la implementación económica de bases de datos compartidas de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad del MERCOSUR y Estados asociados, en Articulación Regional Feminista, <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=63&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=1>

personal que se encuentren en los archivos de las instituciones del Ecuador en el exterior”.

La decisión solo resultaría problemática o atentatoria si no se respetaran los derechos de las niñas y los niños a la intimidad y las bases de datos fueran manejadas sin el debido cuidado, razón por la cual es pertinente que los organismos de control de los diferentes Estados vigilen el cumplimiento del tratado en los términos que éste trae sin que los responsables de este manejo se extralimiten y terminen vulnerando o menoscabando los derechos fundamentales de las niñas y los niños.

Perú

Para Perú se estudiaron cuatro sentencias favorables. Dentro de este grupo se encuentra un caso en el que una mujer por motivos de discapacidad motora y oral ha sido objeto de actos discriminatorios en el desarrollo de sus prácticas profesionales³²⁰. El juez declara que los procesados son autores del delito contra la humanidad de discriminación de personas en su modalidad agravada pues los autores eran parte de una institución educativa que pertenece al Estado a través del Ministerio de Educación³²¹.

El juez establece que los procesados realizaron un trato discriminatorio con la mujer, pues la califican como una persona incapaz de poder atender y efectuar sus prácticas en el laboratorio aduciendo que ésta adolecía de una discapacidad. Dicho motivo se encuentra prohibido pues la discapacidad a la que éstos se refieren no puede ser suficiente sustento para impedir que ésta cumpla la función para la que fue designada: “La discriminación se vio reflejada en actos repetitivos, sin indagar si la discapacidad le impedía realizar las funciones para las que ella había sido designada y optaron por segregar a la misma solicitando la designación de una persona capaz”³²².

La valoración probatoria estuvo acorde con la protección de los derechos de la mujer, pues se contaba con diferentes medios, como un documento en el que los docentes expresaban su inconformidad con que el turno fuera asumido por la mujer, testimonios que ratifican los actos discriminatorios, informe del instituto de rehabilitación que demuestra las facultades de la mujer e informe de medicina legal.

Menciona la CEDAW y en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, para adoptar el concepto de discriminación que

320 7mo. Juzgado Penal Especializado del Cono Norte de Lima, Expediente 1650-07, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=918&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

321 *Ibidem*.

322 *Ibidem*.

contienen estos instrumentos. Determina como elementos necesarios para calificar los actos discriminatorios, el identificar un trato diferenciado o desigual hacia una persona o un grupo de personas, que tales actos discriminatorios se basen en determinados motivos prohibidos por el elemento jurídico y que el objetivo o el resultado del trato diferenciado sea anular o menoscabar el reconocimiento, ejercicio y goce de un derecho³²³.

El segundo de los casos analizados contiene conductas de violencia contra la mujer, al determinar la responsabilidad del funcionario judicial que incurrió en una irregularidad al no ordenar la medida preventiva de protección en contra de un hombre que en un ataque de celos quemó a su pareja al arrojarle agua hirviendo sobre el rostro³²⁴. La Jefatura Suprema decide declarar medida cautelar de suspensión preventiva en el cargo que desempeña el juez del asunto, mientras se resuelve el proceso disciplinario abierto en su contra.

La jefatura suprema indica que en el presente caso se presentan los presupuestos para que se adoptara la medida limitativa solicitada por la autoridad policial. No obstante lo anterior, el juez la negó en una decisión que no motivó, asimismo, modifica el debate procesal al calificar la solicitud como si se tratara de la formalización de la denuncia penal por el delito de lesiones graves, a pesar de encontrarse probado al menos sumariamente el acaecimiento de los hechos. Por ello señala que procedía la imposición de la medida preventiva, pero el juez hace mayor énfasis en aspectos procesales que nada tienen que ver con el caso en concreto³²⁵.

La jefatura acertadamente establece que no es posible la exigencia de pruebas supuestamente idóneas como el informe médico detallado, aún más si ya se contaba con informe médico que especificaba que la agraviada presentaba múltiples quemaduras, en donde se adjuntaron las fotografías de las lesiones inferidas. Fallos como estos, acatan la obligación del Estado de una protección integral a las víctimas de violencia doméstica, protección que debe ser brindada desde los diferentes órganos estatales.

Por otro lado, en el tercero de los casos estudiados el tribunal constitucional de Perú estudia si la libertad sexual o la indemnidad sexual son bienes jurídicos de libre disposición y si un infante cuya edad que está entre los 14 y 18 años tiene capacidad jurídica para disponer de dicho bien. La Corte indica: "Luego de un análisis normativo de los delitos de atentados al pudor indica que, se infiere que los mayores de catorce años en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir sin que sea penado,

323 7mo Juzgado Penal Especializado del Cono Norte de Lima, Expediente 1650-07, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=918&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

324 Jefatura Suprema de la Oficina de Control de la Magistratura, Registro N° 8243-2010-LIMA, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=969&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

325 Ibidem.

que se les haga tales tocamientos lo que importa una causa genérica de atipicidad”³²⁶.

También resalta que la excepción de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado debe ampliarse a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de 14 a 18 años de edad. Señalando entonces que debe dejarse sin efecto lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de 16 años y mayor de 14 años. Este fallo reconoce la libertad y la formación sexual con la que cuentan los y las mayores de 14 años y en esa medida reconoce que quienes se encuentren en estas edades se encuentran en la posibilidad de disponer de dichos bienes. Determinando que hacer punibles conductas de este tipo por la minoría de edad, restringe el goce de tales bienes³²⁷.

La última de las sentencias garantistas versa sobre la acción de *habeas corpus* interpuesta por un hombre que fue condenado por el delito de violación de una menor de 14 años³²⁸. A través de dicha acción solicita la nulidad de la sentencia por considerar que el juez no tuvo en cuenta las conclusiones escritas presentadas por el abogado defensor. La Corte Superior de Justicia decide declarar improcedente la demanda, pues el solicitante está buscando el reexamen de la condena lo que resulta ajeno a ese tribunal.

El tribunal hace énfasis en la gravedad del delito al subrayar “la evidente y profunda afectación a la integridad de niñas, niños y adolescentes que esta clase de agravios produce, afectando el ámbito espiritual y psicológico de los menores, en tanto resultan ser víctimas de episodios traumáticos que definen sus personalidades y la manera en que se relacionan con otros individuos”³²⁹.

Respecto al argumento del condenado indica que el contenido del informe escrito sólo juega un papel complementario porque es el juez quien luego de crearse convicción y aplicar sus conocimientos jurídicos, resuelve las controversias, y en consecuencia los actos que se profirieron dentro del proceso gozan de diligencia y debida motivación³³⁰.

La decisión se fundamenta en la normatividad de protección a la niñez. Sin embargo no se hace mención a la condición de mujer que también debe ser tenida en cuenta al establecer la debida diligencia y protección que debe prestar el Estado, pues si bien existen riesgos para niños y niñas de ser víctimas de violencia sexual, son las niñas quienes presentan mayor riesgo de ser víctimas de estas conductas.

326 Corte Suprema del Perú, Exp. N 05692-2008-PHC/TC, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=190&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

327 Ibidem.

328 Corte Superior de Justicia de Arequipa, Exp. Nº..2007-369-00-JM-1SC, en Articulación Regional Feminista, <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=165&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

329 Ibidem.

330 Ibidem.

Se estudiaron cuatro sentencias atentatorias. En la primera de ellas una mujer fue víctima de maltrato psicológico y físico por parte de su esposo, quien llegó en estado de ebriedad, le gritó, quiso ingresar a su cuarto a la fuerza³³¹. En primera instancia los hechos se declaran probados, estableció medidas de protección y fijó un monto de reparación. El caso llega a segunda instancia donde la Corte Superior de Justicia determina que no se acreditaron los hechos de violencia y en consecuencia revoca el fallo de primera instancia.

En este caso se observa que hay una denuncia por violencia doméstica. Dentro del proceso judicial se dio por sentado la dificultad para probar este tipo de violencia, que puede ser una conducta de difícil certeza probatoria dada la naturaleza y teniendo en cuenta que en muchas de las ocasiones es de tipo psicológico. Pese a ello la Corte Superior de Justicia de Arequipa adopta otra posición e indica que los actos de violencia intrafamiliar deben encontrarse acreditados ya sea con medios probatorios fehacientes o con indicios que hagan concluir en forma contundente la violencia denunciada³³².

Desecha tanto la pericia psicológica como el certificado médico donde constan las lesiones, lo primero por no haberse corroborado con un medio adicional y lo segundo porque las lesiones descritas en tal certificado no fueron denunciadas.

Al imponer estándares probatorios tan altos, las mujeres no encuentran una protección a sus derechos sino una nueva vulneración a su acceso a la justicia. El exigir que la violencia se pruebe de forma tan específica sin tener en cuenta la situación de vulnerabilidad de la mujer objeto de estas conductas da cuenta de una desigualdad procesal que le impide aportar las pruebas con las especificidades tan rigurosas que se exigen por la judicatura.

En las otras tres sentencias estudiadas el debate se centra en la violencia sexual y la valoración del testimonio de la víctima que realizan los tribunales de justicia. El tema del testimonio de la víctima cobra real importancia en los casos de violencia sexual, en virtud de su carácter de prueba esencial. Así lo ha establecido la misma judicatura al señalar que “tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y por ende virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones”³³³.

No obstante, la judicatura puede verse enfrentada con inexactitudes o variaciones en la narración que las víctimas hacen de los hechos sufridos, otros

331 Corte Superior de Justicia de Arequipa, Exp. N°..2007-369-00-JM-1SC, en Articulación Regional Feminista, <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=165&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

332 *Ibidem*.

333 Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Huaura, Exp. N° 2006-01011-14-1308-JR-PE-1, en Articulación Regional Feminista, en <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1029&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

tribunales se han pronunciado al respecto, indicando que el exigir a las víctimas que sus relatos deban ser exactamente iguales y concordantes, se constituye como una carga excesiva. Tales contradicciones no pueden perjudicar por sí solas la credibilidad del testimonio, pues podría llegarse a pensar que “una perfecta coincidencia podría conducir a tener el testimonio como aleccionado”³³⁴. En esa medida las contradicciones no bastan para restar mérito al testimonio pues lo importante es que el testimonio converja en aspectos esenciales y no en lo secundario”³³⁵.

El primero de los casos estudiados narra los hechos en los cuales un hombre en horas de la noche ingresó a la vivienda de su suegra con otros sujetos y exigió que le entregara una suma de dinero enviada del exterior y al no conseguir su objetivo, atacó sexualmente a una mujer y luego de cometer el delito intentó violar a otra mujer y amenazó con la consumación del acto si no le decía donde se encontraba el dinero³³⁶. En primera instancia el hombre es absuelto. La Sala de Apelación de Huaura conoce el caso en segunda instancia confirmando el fallo.

La Corte considera que las declaraciones de la agraviada no lograron desvirtuar la presunción de inocencia, pues la agraviada refiere que el autor es de piel oscura y el imputado es trigueño, refiere que los ojos son achinados y los del imputado son medio abiertos, dice que su nariz era normal sin embargo en la fecha de los hechos ella misma sostiene que una franela verde le cubría la mitad del rostro y por tanto la nariz. Indica igualmente que la víctima reconoció al hombre por su voz pero es conocido que cuando el sujeto cubre su rostro en la parte maxilar forzosamente su voz cambia de tonalidad³³⁷.

Las anteriores afirmaciones dejan ver que se asumen como reglas de carácter universal las apreciaciones del operador judicial competente del caso. Pues sólo indica que “es conocido que cuando el sujeto cubre su rostro en la parte maxilar forzosamente su voz cambia de tonalidad”, sin mencionar respecto de qué reglas está utilizando para su afirmación o los medios de carácter científico que la sustentan.

Retoma el tribunal la versión de la víctima cuando dice: “Indica también que no ha tenido un recuerdo adecuado de los espacios de tiempo utilizados para el acto sexual, antes refirió que fue víctima dos veces la primera vez en 10 minutos y después en 5 minutos, pero después refirió que el acto duro 20 minutos”³³⁸.

334 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, radicado 23706, Sentencia de 26 de enero de 2006, radicado 30305, sentencia de 5 de noviembre de 2008.

335 Corte Suprema de Justicia de Colombia, sala de Casación Penal, expediente 28742, sentencia de 13 de febrero de 2008, mencionado en: Humanas, Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos entre mujeres y niñas. Pág. 140.

336 Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Huaura, Exp. N° 2006-01011-14-1308-JR-PE-1, en Articulación Regional Feminista, en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1029&plcontempl=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=8>

337 *Ibidem*.

338 Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Huaura, Exp. N° 2006-01011-14-1308-JR-PE-1, en Articulación Regional Feminista, en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1029&plcontempl=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=8>

Todas estas especificidades en nada tienen que ver con el núcleo esencial de la investigación penal. Resulta desproporcionado exigir a la víctima que se acuerde del tiempo exacto en el que fue agredida aún más si éste hecho es el que le ha generado gran perturbación.

El otro de los fallos en el que debate estos temas, es el caso donde una niña fue enviada por su abuela a la casa de un hombre a dejar alfalfa, éste abusó sexualmente de ella y posteriormente la amenazó que si contaba lo sucedido iba a matarla³³⁹. En primera instancia el hombre es declarado culpable. La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema resuelve la apelación de sentencia, absolviendo al acusado.

La Corte establece que la declaración de la menor de edad no es uniforme ni congruente lo cual le resta mérito probatorio. La menor sostuvo inicialmente que el hombre abusó de ella en dos oportunidades, pero con posterioridad indica que sólo fue en una oportunidad, se contradice con la información que proporcionó en la ampliación policial, la relación de las fechas tampoco resulta coherente, no recuerda el valor de las monedas que el hombre le dio, al describir los hechos, en el examen psicológico describe circunstancias que no menciona en la versión inicial³⁴⁰.

En este caso igualmente se imponen cargas excesivas al testimonio de la menor de edad. No se entiende qué relevancia pueda tener para el caso que la niña no se acuerde del valor de las monedas que el hombre le dio, ni la concordancia de las fechas. Si se tiene por sentado que el delito ocurrió y que debe dársele especial confiabilidad a los testimonios de los menores de edad víctimas de violencia sexual. Ello transgrede el principio del interés superior del niño y los compromisos adquiridos internacionalmente respecto a la protección de sus derechos.

Además, el que un dictamen determine que la niña presenta una personalidad dentro de los parámetros normales no implica que el ilícito no haya ocurrido pues no en todas las víctimas se manifiestan los mismos efectos, ni tampoco ellos se producen automáticamente sino que pueden aparecer en etapas posteriores.

La última de las decisiones que versa sobre este debate, es el caso en el que un hombre abuso sexualmente de su nieta desde que tenía siete años de edad y que la hizo víctima de tocamientos indebidos, en ocasiones, en presencia de su abuela³⁴¹. En Primera Instancia el hombre es condenado, el caso llega a la Corte Suprema mediante recurso de nulidad interpuesto por el condenado. La

339 Corte Suprema del Perú, R.N. Nº 5300-2008-LIMA, en Articulación Regional Feminista, en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1141&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>

340 *Ibidem*.

341 Corte Suprema del Perú, R.N. 4057-2009, en Articulación Regional Feminista, en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1240&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=1>

Corte decide declarar la nulidad de la sentencia y absolver al acusado de los cargos formulados en su contra.

El alto tribunal indica que de la revisión del relato efectuado por la menor agraviada “se aprecia la elaboración de una construcción difícil de creer y contraria a las reglas del orden. Indica que respecto a que el acusado ingresaba a su habitación donde dormía con su abuela, la manoseaba y le tapaba la boca, mientras dicha testigo no decía o hacía nada; es de precisar que las reglas de la experiencia indican que lo razonable y lógico era que la abuela intervenga en esa situación execrable e impida el comportamiento delictivo del acusado, puesto que la unía un lazo sanguíneo con la víctima”³⁴².

Sigue en su planteamiento que “dicha narración tiene una relación evidentemente tenue con la experiencia común, pues un infractor del delito de violación sexual siempre busca cometer el ilícito en un marco de clandestinidad y sin dejar rastros o vestigios de su accionar delictivo, por lo que no es verosímil que el imputado haya desarrollado los actos descritos en presencia de un tercero no partícipe del delito”³⁴³.

Cabría preguntarse ¿las reglas de la experiencia de quien? El que en la mayoría de los casos este tipo de casos sucedan en la clandestinidad, no excluye que existan casos que no ocurran de esta forma y no por ello deben descartarse de plano. El fallo pretende entonces otorgar pretensiones de permanencia y universalidad la diversidad de realidades sociales y psicológicas de la violencia sexual, lo cual vulnera los derechos de las víctimas de estos delitos.

Dice el despacho que “le llama la atención que la denuncia por delito de violación sexual fue realizada por la menor agraviada el diecisiete de diciembre de dos mil cuatro, a pesar de que el primer hecho ocurrió aproximadamente en mil novecientos noventa y cuatro; lapso de tiempo transcurrido que constituye un dato indiciario de que el ánimo de la víctima escondería aparentemente otro propósito, en tanto la denuncia se formuló después de haber transcurrido más de diez años y la víctima no ha ofrecido una plausible y racional justificación sobre esta cuestión”³⁴⁴.

La gravedad y complejidad de esta clase de delitos impide que se pueda establecer que todas las víctimas van a actuar de manera uniforme, en los mismos tiempos, bajo los mismos patrones, y que las afectaciones van a ser las mismas. El descartar un testimonio porque no le parece lógico al operador u operadora judicial indica que se están incluyendo prejuicios discriminatorios que como ya se mencionó evalúa la conducta de la víctima y no del procesado.

342 Corte Suprema del Perú, R.N. 4057-2009, en Articulación Regional Feminista, en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1240&plcontempl=3&aplicacion=app003&cni=3&opc=8&cni3=1>

343 *Ibidem*.

344 *Ibidem*.

En el caso de la referencia, la Corte absuelve al acusado al considerar que el acusado expresó de manera uniforme y coherente que no abusó sexualmente de la menor agraviada. Dándole relevancia al dicho de éste cuando indica que la denuncia es consecuencia de los llamados de atención realizados a la niña porque salía a las discotecas, y que incluso en algunas ocasiones le impidió que concurra a esos lugares³⁴⁵.

Lo anterior indica que pese a la gravedad del acto delictivo, se desconoce el testimonio que debe contar con especial relevancia y se da mayor valor a los argumentos del agresor. Además se observa que goza de mayor credibilidad el argumento del hombre al señalar que la denuncia es sólo una estrategia de la menor de edad, como retaliación porque no la dejaba salir a discotecas, justificando o permitiendo que se perpetúen estas conductas a todas luces violatorias de los derechos humanos de las mujeres.

Conclusiones

Sólo algunos pocos planteamientos de las instancias judiciales señalan los estándares internacionales de los derechos de las mujeres acogidos por los países en cuestión. En consecuencia muy pocos utilizan como fuente los tratados internacionales que reconocen los derechos de las mujeres como la CEDAW y la Convención de Belém do Pará. Sólo Argentina, Colombia y Perú basaron sus sentencias catalogadas como garantistas en tales instrumentos.

Se resaltan los fallos que tienen en cuenta la posición y condición de discriminación a la que ha sido sometida históricamente la mujer como determinantes en las decisiones adoptadas. Pues ahondan en las causas subyacentes que hacen que la mujer sea un sujeto de especial protección por parte del Estado.

La mayoría de las sentencias atentatorias analizadas cuestiona el comportamiento de las víctimas, exigiéndoles que debieran comportarse de determinada manera trasladando el juicio de reproche a éstas y no al procesado.

A pesar de haberse resaltado por la jurisprudencia de la mayoría de los países la relevancia jurídica del testimonio de la víctima de un delito sexual en algunos de los casos analizados éste se evalúa con un nivel muy riguroso que lo desvirtúa y pone en una situación de mayor vulnerabilidad a la víctima. Sin tener en cuenta el especial carácter del delito ni las consecuencias que éste pudo ocasionar en la víctima.

En todos los países se encontraron fallos en los que se imponen como reglas universales las percepciones que la o el operador jurídico tiene sobre el acaecimiento del delito. En esa medida si hay casos que no encuadran dentro de su “sentido común” se rechazan de plano los argumentos sin realizar el aná-

345 Corte Suprema del Perú, R.N. 4057-2009, en Articulación Regional Feminista, en: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1240&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=1>

lisis respectivo. Lo cual desconoce la complejidad de la violencia sexual y los efectos diversos que esta puede ocasionar en las víctimas.

Lo anterior, restringe el derecho de las víctimas a acceder a la justicia y genera dobles victimizaciones por ello se hace necesario incorporar en los procesos penales los estándares de garantía y protección a las víctimas, avanzando en un proceso penal que mas allá de proteger los derechos de los procesados proteja los derechos de las víctimas.

Se debe buscar que en los fallos que se debatan los derechos de la mujer, se hagan un análisis con una perspectiva de género que permita establecer las especiales condiciones en las que se encuentra la mujer y como ha incidido diferencialmente sobre su caso el contexto de discriminación que aún se observa en los países estudiados.

METODOLOGÍA DE LA SISTEMATIZACIÓN

Pese a haber trazado el objetivo de analizar 120 sentencias, se presentaron obstáculos que no permitieron el análisis de este número. Como primera medida se evidenció la inexistencia de sentencias de los temas referidos en algunos países dentro del Observatorio Regional de Sentencias Judiciales, es decir, la fuente escogida para realizar el presente estudio.

En consecuencia para algunos temas no fue posible hacer el análisis o sólo se pudo realizarlo desde una de las perspectivas, ya sea garantista o atentatoria. En algunos de los casos se analizó más de una sentencia por tema por considerar de gran relevancia los argumentos que estas contenían.

De esta forma el análisis se efectuó sobre 6 sentencias de participación política, 8 sentencias de salud, 12 sentencias de trabajo productivo y reproductivo, 12 sentencias de derechos sexuales y reproductivos y 48 sentencias de violencia y violencia sexual que hacen un total de 87 sentencias.

Participación Política

PAÍS	GARANTISTA ³⁴⁶	ATENTATORIA
Argentina	Zigarán, María Inés, Sandoval, Patricia y otros c/ Estado Provincial s/ amparo.	Lista Celeste vs. Junta Electoral del Sindicato de Obreros y Empleados Municipales de San Miguel de Tucumán s/ Amparo.
Bolivia		
Chile		
Colombia	Sentencia C-371/00. M. P: Carlos Gaviria Díaz	
Ecuador	Inconstitucionalidad reglamento electoral por inclusión mujeres	Apelación por resolución TCE conformación listas elecciones pluripersonales Manabí
Perú	Exp. N 00537-2007- PA/TC.	

Trabajo productivo y reproductivo

346 Resolución Garantista, es aquella que considera en su análisis y fundamentación normas internacionales de protección especial de derechos humanos de las mujeres.

Resolución Atentatoria, es aquella que no considera en su análisis y fundamentación normas internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres.

PAÍS	GARANTISTA	ATENTATORIA
Argentina	Macías, Verónica Sara c/ Sacheco S.A. s/ despido.	G. O. M. c/ Clínica Adventista Belgrano de la Asociación Argentina de los Adventistas del 7mo Día s/ despido
Bolivia	Auto Supremo N° 288	Auto supremo N° 98
Chile	Cuevas con Medina	Gisselle Maturana con Sociedad Comercial Maicao Limitada.
Colombia	Sentencia T-247/10. M. P: Humberto Antonio Sierra Porto.	Sala de lo contencioso Administrativo, Sección segunda , Radicado: 2003-07308, CP: Luis Rafael Vergara Quintero
Ecuador	Dolores Arias contra Dirección Provincial de Salud de Pichincha	Asociación Comerciantes Lumbisí contra Juez Décimo Tercero Civil de Pichincha
Perú	Exp. N 05652-2007-PA/TC	Exp. N 4525- 2007- PHC/TC

Derecho a la salud

PAÍS	GARANTISTA	ATENTATORIA
Argentina	C/ Arrascaeta Fernanda Beatriz c/ Huerta Fernandois, Eduardo Enrique p.s.a. homicidio culposo por mala praxis	
Bolivia	Sentencia Constitucional 0510/2007-R	Sentencia Constitucional 0402/2007-R
Chile	Rol 2030-2009 sección civil.	Valentina González Navarrete con Isapre Cruz Blanca
Colombia	Sentencia T-045/10. M.P: Maria Victoria Calle Correa.	
Ecuador	Acción Incumplimiento Discapacitados	
Perú	Exp N 1405-2009	

Derecho a la salud sexual y reproductiva

PAÍS	GARANTISTA	ATENTATORIA
Argentina	Mayoraz, Nicolás Fernando c/ Municipalidad de Rosario s/ Recurso Contencioso Administrativo Sumario M., G. L. y otra s/ Acción de amparo	N. R. F. s/ Abuso sexual s/ Incidente solicitud interrupción embarazo s/ Apelaciones P.M.E. y otros c/ObSBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/ Otros Procesos Incidentales
Bolivia		Resolución 551/2010
Chile	Requerimiento de Cámara de Diputados sobre la inconstitucionalidad del proyecto de ley sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad.	Requerimiento de Diputados para la declaratoria de inconstitucionalidad de “todo o parte” del Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, que aprueba las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”.
Colombia	Sentencia C-355/06. M. P: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.	Auto Exp. 2008-00256-00. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. C. P: María Claudia Rojas Laso. Acción de Nulidad. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta. N° Radicado: 2002-00251
Ecuador		Demandan amparo constitucional contra pastilla de prevención de emergencia
Perú	Exp. N 01575-2007-PHC/TC	Exp. N° 2005-2009-PA/TC

Violencia y violencia sexual

PAÍS	GARANTISTA	ATENTATORIA
Argentina	Díaz, María Elizabeth p.s.a. homicidio agravado, etc. -Recurso de Casación Fiorabanti, Carlos Francisco y otros p.s.a. abuso sexual, etc Mangioni Alfredo G. / Homicidio calificado bajo circunstancias extraordinarias de atenuación/ Recurso de Casación González, Rubén Héctor-Bonilla, Hugo Oscar-Santander, Sergio André (prófu-go) sobre abuso sexual AG., M. S. c/ J. V., L. s/ divorcio vincular	O.C.A. s/homicidio calificado bajo circunstancias extraordinarias de atenuación D.A.A. p/abuso sexual con acceso carnal calificado C/C Ruiz, José Fabián s/ recurso de Casación Romina Anahí Tejerina s/ homicidio calificado
Bolivia	Caso N° 301199200710438 356/09 Caso N°: 301199200712971 05007491	601199200902979 Auto supremo N° 010 004-2008 498
Chile	Verónica Chacón Núñez/ Foto Stereo S.A. Patricia Orellana Díaz/ Luis Cordero Meneses Rit. 1858 RITC1121-2010	Salmones Pacific Star S.A. Contra Inspección Comunal Trabajo De Quellon y Otro c/: RAUL FERMIN SANTI-BAÑEZ AGUILEF RUC N°: 0900230098-K Paulina Galván con Fisco de Chile. Fallo 28 - 2007
Colombia	Sentencia T-453/05. M. P: Manuel José Cepeda Auto N° 092/08. M. P: Manuel José Cepeda Sala de casación penal. Radicado N° 23508. M. P: Julio Enrique Socha Salamanca Sala de Casación Penal. M. P: Julio Enrique Socha Salamanca N° Radicado: 27595	Sala de Casación Penal. M. P: Álvaro Orlando Pérez Pinzón. N° Radicado: 25743 Sala de Casación Penal. M. P: Alfredo Gómez Quintero. N° Radicado: 29117 Sala de casación penal. M. P: José Leónidas Bustos Martínez. N° Radicado: 29308. Sala de casación penal. M. P: Jorge Luis Quintero Milanés. N° Radicado: 28649

Ecuador	Tribunal penal solicita pronunciamiento Corte Constitucional sobre constitucionalidad normas procedimentales penales en relación prueba practicada por violación Reformas Código Penal y de Procedimiento Penal Violación Looor Zambrano contra Looor Valdez Dayana Beatriz Gordón Yanchatipán contra Romel Boanerges Gordón Bases por injurias	Villalta demanda acción de incumplimiento en Amnistía otorgada por Asamblea Constituyente a defensores de derechos humanos “criminalizados” Constitucionalidad normas penales referidas a prueba Ratificación Acuerdo para la implementación económica de bases de datos compartidas de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad del MERCOSUR y Estados asociados Competencias y atribuciones Comisarias Mujeres y Ley contra la violencia a la mujer
Perú	Expediente 1650-07 Registro N° 8243-2010-LIMA Exp. N 05692-2008-PHC/TC IV Acuerdo Plenario Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial	Exp. No.2007-369-00-JM-1SC Exp. N° 2006-01011-14-1308-JR-PE-1 R.N. N° 5300-2008-LIMA

Luego de seleccionar las sentencias se bajó la información de cada una de ellas en fichas que identifiquen país, caso, tribunal de justicia, hechos relevantes del caso, argumentos favorables y desfavorables, valoración de medios probatorios y recursos, enunciación de normativas nacionales y enunciación de normativas internacionales.

Posteriormente, se analizó de cada sentencia, el tipo de resoluciones que emiten los tribunales, resaltando los planteamientos que buscan la protección de los derechos de las mujeres y cuestionando aquellos que limitan o anulan su ejercicio.

Dentro de tal análisis se tomó en cuenta la realidad que viven las mujeres en la sociedad y dentro de un proceso judicial, el conocimiento de los administradores/as de justicia sobre instrumentos internacionales de protección de las mujeres y su aplicación en los tribunales de justicia.

Finalmente se realizaron recomendaciones teniendo en cuenta las diferentes problemáticas presentadas para avanzar en la protección de los derechos de las mujeres dentro de los sistemas judiciales de los seis países.

Con el apoyo de:

