

La mujer ante el derecho internacional público

Jaime Williams Benavente

Profesor Titular de Filosofía del Derecho

UNIVERSIDAD DE CHILE

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. LOS DERECHOS DE LA MUJER EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

La Sociedad de las Naciones, nacida del Tratado de Versalles el 28-06-1919, amén de procurar la convivencia pacífica entre los pueblos, procuró el mejoramiento jurídico de la condición de la mujer, lo que se tradujo en normas que protegían su trabajo y proscibían el tráfico femenino. En 1934, la XV Reunión de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones trató la petición formulada por diversos Estados de que se comprendiera en su programa el tema de la condición jurídica y social de la mujer en orden a suprimir toda diferencia en razón de sexo. Tres años después, la Sociedad de las Naciones preparó y publicó un extenso documento sobre la situación jurídica de la mujer en los distintos países. Incluso alcanzó a crearse la Comisión de Estudio de la Condición Jurídica de la Mujer, formada por siete Estados miembros, la que no alcanzó a concluir su labor por haberse desatado, en 1939, la Segunda Guerra Mundial.

Por otra parte, la Carta de San Francisco de 26-06-1945, que creó la Organización de Naciones Unidas, contiene ya en su Preámbulo y en distintos artículos el *principio de igualdad sexual*, el cual fue recogido en el articulado de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General en París el 10-12-1948, la que, tanto en su Preámbulo como en sus artículos 1º y 2º, afirma la igualdad de todos los seres humanos sin distinción de sexo, idea que remata en el artículo 16, que establece que hombres y mujeres disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante éste y luego de su disolución.

Su Asamblea General, en su cuarta sesión, de 2-10-1949, aprobó la Convención de Represión y Abolición de la Trata de Seres Humanos y la Prostitución, la que entró en vigor el 25-07-1951.

Ahora bien, uno de los organismos principales de Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social, se ha ocupado especialmente de promover la condición jurídica y social de la mujer. Así, en su primera sesión, celebrada en Londres desde el 23 de enero al 18 de febrero de 1946, creó la Subcomisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, la que, en la sesión siguiente, celebrada en Nueva York ese mismo año, elevó su categoría y pasó a llamarse Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. En las sesiones tercera, cuarta y quinta de este Consejo se nombraron los miembros originarios de esta Comisión, se proclamó la igualdad absoluta del hombre y la mujer y se adoptaron acuerdos sobre comunicaciones relativas a la condición de ésta. En las sesiones siguientes, se trataron, entre otras materias, el acceso de las mujeres a las funciones públicas, el ejercicio por éstas de todas las profesiones y la proscripción de la prostitución. Más tarde, en 1950 y 1951, se adoptaron resoluciones sobre el acceso femenino a los estudios y a los servicios públicos.

Durante 1953, 1954 y 1955, el Consejo Económico y Social trató de la condición de la mujer en el Derecho Privado en los siguientes aspectos: regímenes matrimoniales, derecho de la mujer casada de ejercer una profesión independiente de su marido, derechos y obligaciones de ambos padres, domicilio de la mujer casada, etc.

Por su parte, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer se ha ocupado desde sus inicios de la condición jurídica de ella tanto en el ámbito del Derecho Público como del Privado, dirigiendo comunicaciones a los Estados Miembros en orden a implementar en sus respectivos derechos internos mejoras en su condición, e incluso a proceder a dictar nuevos Códigos Civiles.

En cuanto al trabajo femenino, es pertinente recordar que la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), creada por el Tratado de Versalles en 1919 y conservada por Naciones Unidas, ha adoptado no sólo acuerdos, sino convenios, más tarde ratificados por sus Estados Miembros, sobre regulación y protección de la mujer trabajadora.

En el ámbito americano debe recordarse que la Organización de Estados Americanos, que reconoce sus orígenes en el Congreso de Panamá de 1826, quedó constituida en su forma actual por la Conferencia Interamericana de México de 1945. Pues bien, junto con su carta estatutaria aprobada en Bogotá en 1948, también aprobó la Carta Internacional de Garantías So-

ciales, la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles de la Mujer, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Estatuto Orgánico de la Comisión Interamericana de Mujeres, posteriormente modificado por el Acuerdo de Caracas de 1954.

Pues bien, la OEA tiene entre sus organismos especializados la Comisión Interamericana de Mujeres (C.I.M.), que fue creada en la Sexta Conferencia Interamericana celebrada en La Habana en 1928 y estructurada en la Conferencia de Lima de 1938. Es interesante recordar, además, algunas asambleas de la C.I.M., como aquella que aprobó la Convención Interamericana sobre Concesión de Derechos Civiles a la Mujer (Buenos Aires, 1949); otra celebrada en Santiago de Chile en 1951, en la cual se aprobó una resolución sobre Igualdad de Derechos Civiles; la celebrada en Asunción en 1953, que aprobó resoluciones sobre la Capacidad Civil de la Mujer, sobre los Derechos de la Mujer Casada y sobre Derecho de Familia.

2. LOS DERECHOS DE LA MUJER EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE

2.1. Convenciones Generales de Derechos Humanos

El Preámbulo de la Carta de la Organización de Naciones Unidas, suscrita en 1945, echa tanto las bases filosóficas cuanto enuncia sus aspiraciones programáticas, y así para lograr y mantener una paz duradera entre los pueblos, señala que es necesario garantizar la igual dignidad de la persona humana donde quiera se encuentre, más allá de consideraciones religiosas, éticas, ideológico-políticas, etc. Para explicitar estas aspiraciones, se aprobó, tres años más tarde, el 10-12-1948 en París, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y para otorgarle eficacia jurídica a los derechos por ella enunciados, se redactaron dos pactos: el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los que fueron aprobados por la Asamblea General el año 1966 y entraron en vigencia diez años más tarde. Sin embargo, con anterioridad a estos tratados, podemos mencionar otros igualmente importantes. Así la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio (1948); la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1953); la Convención Complementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, Tráfico de Esclavos e Instituciones o Prácticas Similares a la Esclavitud (1956); la Convención Relativa a la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965). Todo ello sin perjuicio de las convenciones elaboradas por la UNESCO, relativas a la enseñanza (1960) y por la OIT, sobre derechos al trabajo y libertad sindical (1951, 1957 y 1958).

Ahora bien, desde la perspectiva femenina, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) consagra la igualdad de trato y no discriminación e igual protección para el hombre y la mujer contra toda provocación discriminatoria en los diversos aspectos de la vida: político, social, religioso, racial, civil, laboral, etc; la libertad de trabajo e igualdad de salario entre unos y otras; la protección especial de la maternidad y el igual derecho de hombres y mujeres a la formación profesional.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) especifica la igualdad y proscribida toda discriminación por razón de sexo, mientras el Pacto dedicado a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) consagra tanto la protección de las madres gestantes como de la maternidad en general, además de hacer explícita referencia al derecho de toda mujer al trabajo y a fundar sindicatos.

Por su parte la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha aprobado convenios de los cuales es pertinente destacar aquellos que consagran la igualdad de oportunidades y de trato del hombre y la mujer (prohibición de discriminación en la ocupación y empleo, igualdad de remuneración, etc.).

Por estar el presente trabajo circunscrito a la normativa vinculante de Chile, omitimos lo referente a un importante documento, cual es, la Convención Europea de Derechos Humanos, la que, de modo indirecto –a juicio nuestro–, también vincularía a Chile como consecuencia de la aprobación del Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea.

Finalmente, en el ámbito interamericano se aprobó, también en 1948, “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, y más tarde se recogieron y explicitaron aquellos derechos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), complementada posteriormente con el Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988). Pues bien, aquella Declaración, en lo que nos interesa, consagra el derecho al trabajo de que pueden gozar hombres y mujeres en unas mismas condiciones, siempre que se verifiquen objetivamente –como la igual capacitación– que coloquen a unos y otras en igual situación. Del mismo modo dicho texto consagra la protección de la maternidad. La Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, establece la obligación de los Estados no sólo de respetar los derechos y libertades en ella consagrados, sino de garantizar su ejercicio sin discriminación. Por último, en el Protocolo Adicional son destacables el derecho a la formación o capacitación profesional y el de igualdad salarial.

2.2. Convenciones explícitas sobre Derechos Humanos de la Mujer

2.2.1. Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW)

Génesis y propósitos de este tratado

El 18-12-1979 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el texto de esta convención, llamada también “La Carta Magna de los Derechos de la Mujer”, y propuso que los Estados miembros la suscribieran. El Gobierno chileno lo hizo el 17-07-1980; con posterioridad, la Honorable Junta de Gobierno –sede del Poder Legislativo a esa fecha– lo aprobó el 17-10-1989, siendo promulgado por el Presidente de la República mediante Decreto Supremo N° 789, el 27-10-1989 y publicado en el Diario Oficial el 9-12-1989. A partir de esta fecha, se incorporó al ordenamiento jurídico chileno.

Este Tratado, también conocido como “Convención de la Mujer”, es el más importante en materia de derechos femeninos a nivel internacional, ya que las innovaciones jurídicas que consagra deben ser incorporadas al derecho interno de los Estados que lo ratifiquen. En general, reivindica para la mujer los mismos derechos tradicionalmente reconocidos al hombre e interpretados en sentido restrictivo al varón. Sus normas han inspirado modificaciones constitucionales y legales, como se verá más adelante, sobre todo en materia de Derecho de Familia.

Los considerandos de esta Convención hacen referencia a los derechos fundamentales del hombre, a la dignidad y valor de la persona humana, a la igualdad de derechos del hombre y la mujer y a sus libertades, sin distinción alguna, los que ya habían sido proclamados por la paradigmática Declaración Universal de Derechos Humanos e integrados todos ellos en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). También se han tomado en consideración las Convenciones Internacionales sobre estas materias concertadas bajo los auspicios de Naciones Unidas y de sus organismos especializados sin perjuicio de las resoluciones, recomendaciones y declaraciones aprobadas por aquella y/o sus organismos en orden a favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

Sin embargo, dado que las mujeres han seguido siendo objeto de importantes discriminaciones –lo que atenta contra toda justicia– y “convencidos de que la máxima participación de la mujer en igualdad de condicio-

nes con el hombre, en todos los campos, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz” y “teniendo presente el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto” y “reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia” y resueltos “a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones” se adopta el texto de esta Convención compuesta de 30 artículos.

Los principios que informan este Tratado son básicamente dos: el de igualdad absoluta de derechos y libertades fundamentales entre el hombre y la mujer, por una parte, y el de no discriminación contra la mujer, por la otra. En efecto, los dos primeros artículos precisan lo que se entiende por discriminación y cuáles son los medios generales para superarla. Los artículos 3º, 4º y 5º, en cambio, se afianzan en el principio de igualdad absoluta y enuncian las medidas generales para alcanzarla. Y para aclarar que “la no discriminación” y “la igualdad” no son sinónimos, aunque se vinculan, el artículo 1º precisa que “la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Estos términos amplios e imprecisos de lo que se entiende por acto discriminatorio han sido acotados por un Comité previsto en el artículo 17 de la misma Convención, el que en su recomendación general N° 19 textualmente expresa: “En el artículo 1º de la Convención se define la discriminación contra la mujer. En la definición de la discriminación se incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Se incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones concretas de la Convención independientemente de que en ellas se mencione expresamente la violencia o no”. En la misma recomendación el Comité

individualiza los sujetos que pueden discriminar e irrogar por ello responsabilidad del Estado al señalar que “de conformidad con la Convención la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o a su nombre. Por ejemplo, en virtud del inciso letra “e” del artículo 2 de la Convención, los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas. En virtud del Derecho Internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización”.

Obligaciones de los Estados Partes

La Convención está compuesta de 30 artículos cuyas materias, a grandes rasgos, son las siguientes:

Del artículo 1º al 6º se tratan disposiciones generales. Así el artículo 1º define lo que se entiende por discriminación. Los artículos 2º y 3º señalan exhaustivamente, pero de manera general, las obligaciones de los Estados Partes, como, por ejemplo: consagrar en los textos constitucionales y legales los principios de igualdad de derechos fundamentales del hombre y de mujer, y de no discriminación contra ella; aprobar normativas que prohíban la discriminación; establecer mecanismos de protección de los derechos de la mujer como, por ejemplo, recursos procesales; abstenerse de actos y prácticas discriminatorios; tomar medidas para erradicar la discriminación efectuada por personas, organizaciones o empresas; modificar o derogar normas jurídicas discriminatorias y derogar disposiciones penales que constituyan discriminación contra la mujer. El artículo 4º obliga al Estado a tomar medidas prácticas que brinden igualdad de oportunidades y trato a la mujer, enfatizando que las medidas protectoras de la maternidad no se considerarán discriminatorias. El artículo 5º insta a los Estados Partes a adoptar medidas modificatorias de los patrones socio-culturales discriminatorios, entre ellos el educacional, en orden a apreciar que la maternidad es una función social que irroga responsabilidad compartida de hombres y mujeres en la educación y desarrollo de los hijos. El artículo 6º, finalmente, exhorta a los Estados Partes a tomar todas las medidas, normativas y prácticas, en orden a suprimir la trata de mujeres y la explotación de la prostitución femenina.

Los artículos 7º, 8º y 9º se refieren a las obligaciones de los Estados en materia de derechos políticos de las mujeres, cuales son: elegir y ser elegi-

das, participar en la formulación de políticas públicas y ocupar cargos y desempeñar funciones públicas, participar en organizaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política de un país, participar en organismos internacionales, otorgar los mismos derechos que el hombre en la adquisición y cambio de nacionalidad, particularmente en el caso de contraer matrimonio con un extranjero.

Los artículos 10 a 14 hacen referencia a derechos de índole económico-social, tales como los de educación, capacitación profesional, derecho al trabajo, a la seguridad social, a la protección de la salud y la maternidad, a la planificación familiar, etc.

Los artículos 15 y 16 se refieren a derechos civiles y de familia, tales como los de plena capacidad jurídica de la mujer para celebrar actos y contratos y para administrar sus bienes, y el de igualdad con el hombre en materia matrimonial en sus aspectos contractuales y familiares.

Los artículos 17 a 22 regulan la organización y funciones de un "Comité Sobre Eliminación de Discriminación Contra la Mujer".

Finalmente los artículos 23 a 30 contienen recomendaciones varias, entre ellas, las concernientes a la vigencia de la Convención, a su interpretación y a la solución de controversias interpretativas.

Cumplimiento de tales obligaciones por Chile

Chile ha procedido a introducir modificaciones constitucionales y legales para adecuarse a la Convención. En efecto, la Ley N° 19.611, de 16-06-1999, modificó el artículo 1° de la Constitución, reemplazando el término "*hombres*" por "*personas*". De esta manera, el artículo hoy reza así "Las personas nacen libres en dignidad y derechos".

Por otra parte, en el primer inciso del artículo 19, N° 2, agregó: "Hombres y mujeres son iguales ante la ley". De este modo, el artículo 19, N° 2, quedó redactado así: "La Constitución asegura a todas las personas: N° 2 "La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado, en Chile no hay esclavos, el que pisa su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

Lo anterior tiene relevancia jurídica, puesto que al estar consagrados en la Constitución Política y no tener asignado un recurso especial, dicha igualdad de tratamiento puede ser objeto del "recurso de protección" (artículo

20). Además, y dado su rango, si tal igualdad es vulnerada por una ley, cabe recurrir al Tribunal Constitucional mientras ella se encuentra en trámite legislativo y a la Corte Suprema de Justicia a través del "recurso de inaplicabilidad", si la ley ya ha entrado en vigencia y se pretende aplicar en un juicio determinado (artículo 80).

En materia civil, la mayoría de edad se alcanza por hombres y mujeres a los 18 años. El mismo Código Civil, por otra parte, fue modificado por la Ley N° 18.802, de 1989, que estableció que la mujer casada, aun en régimen de sociedad conyugal, es plenamente capaz, sustituyendo así su antigua "incapacidad relativa". Con todo, se conservan restricciones importantes que vulneran la Convención, entre ellas la del artículo 1749, que dispone que tanto los bienes sociales como los propios de la mujer los administra el marido. En consecuencia, aquélla sólo puede administrar sus bienes reservados en conformidad al artículo 150 del Código Civil.

La misma Ley N° 18.802 derogó otras disposiciones discriminatorias para la mujer en lo relativo a derechos y deberes conyugales contenidas en el Código Civil.

Por otra parte, la Ley de Filiación, N° 19.585, de 26-10-1998, consagra, entre otros, el derecho de toda persona de conocer quiénes son sus progenitores, investigando tanto la paternidad cuanto la maternidad. Esta misma ley dispone que, en caso de suspenderse la patria potestad por las causales allí previstas, la ejercerá la madre, respecto de quien también se suspenderá por las mismas causales (artículo 262). Además, establece que la tenencia y tuición de los hijos menores corresponde a la madre, aunque los cónyuges estén separados.

Esta ley, con todo, es, a nuestro juicio, discriminatoria, puesto que no establece que las responsabilidades familiares sean compartidas. Por otra parte, no habiendo reconocimiento jurídico de las "uniones de hecho", se generan situaciones de desprotección de la mujer y de asimetría frente al hombre.

En suma, pese a las modificaciones introducidas en materia de Derecho de Familia, se vulnera la Convención tanto en lo referente a la capacidad de la mujer cuanto en lo relativo a la patria potestad.

En materia de derechos políticos, según las normas constitucionales y legales vigentes, la mujer está en igualdad de condiciones que el hombre.

En lo relativo a la violencia intrafamiliar, en 1994 se aprobó la ley que la sanciona; dos años más tarde, en 1996, Chile ratificó la Convención de Belem do Pará, la que se publicó en el Diario Oficial en 1998.

En cuanto a los llamados delitos sexuales –violación, estupro y abusos deshonestos–, dado que en Chile se los tipificó protegiendo la honra de la mujer, es claro que ellos no podrían estimarse cometidos si la víctima fuera una mujer deshonesto. Por esto, se ha pensado que habría discriminación. De cualquier forma las modificaciones introducidas por la Ley 19.617, de 1999, ya no dan pábulo a tal imputación.

En materia laboral, por otra parte, los principios de igualdad y de no discriminación son, en general, respetados. No hay ninguna norma discriminatoria en razón de sexo y hay una normativa protectora de la maternidad. Pero es un hecho claramente observable que, en la práctica socio-cultural, se producen discriminaciones tales como menor remuneración a la mujer que al hombre por igual trabajo y por ende menores montos de jubilación de ésta, mayor precariedad presenta el empleo de la mujer que el del varón, menores oportunidades de capacitación laboral tiene ella que el varón, etc.

En cuanto a educación, no se perciben normas discriminatorias.

Por otra parte, Chile creó en 1991 el Servicio Nacional de la Mujer –SERNAM– con rango de Ministerio. Su ley orgánica, en su artículo 2º, señala que a dicho Servicio corresponderá “evaluar el cumplimiento de las políticas, planes y programas aprobados, a fin de garantizar el cumplimiento de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, ratificada por el Gobierno de Chile”.

Cabe finalmente consignar que no hemos podido pesquisar caso alguno en que se invoque la referida Convención ante nuestros tribunales, mientras sí se han invocado los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos.

Derechos Humanos de la Mujer protegidos por este Tratado

A nuestro juicio, la Convención distingue los principales ámbitos donde se aprecia discriminación entre hombre y mujer, cuales son: el constitucional y legal, el político o de participación ciudadana, el familiar, el educacional y el laboral. El primero significa que, desde la misma Constitución Política, pasando por la ley y demás cuerpos normativos, se ha de eliminar toda forma de discriminación. El segundo aspecto mira la participación de la

mujer en la vida política y pública de un país (elegir y ser elegida, desempeñar cargos y funciones públicas, participar en organismos nacionales e internacionales). El tercer aspecto mira la igualdad de la mujer y el hombre en la organización familiar, manteniendo aquélla su propia individualidad como, por ejemplo, no cambiar de nacionalidad sólo por el hecho de que su marido tenga otra distinta. En materia de educación se ha de brindar igual posibilidad a ella que al varón, mientras en lo laboral se permitirá su desempeño en las ocupaciones u oficios iguales que el varón y con su mismo régimen salarial, previsional, etc.

La Convención innova respecto de otras convenciones, ya que se inmiscuye en el ámbito de la vida familiar y privada de las personas. Lo hace con el fin de proteger a la mujer, por ejemplo, de la violencia intrafamiliar. Esta Convención ha querido, así, superar la distinción ya clásica entre lo público y lo privado, que relegaba a la mujer a esta última esfera mientras asignaba al hombre a la primera.

El Protocolo Facultativo de esta Convención

El 10-12-1999, la Asamblea General de Naciones Unidas, en su 54^º período de sesiones, aprobó y abrió a la firma, ratificación y adhesión, el Protocolo Facultativo de esta Convención.

En la práctica del Derecho Internacional Público, se ha ido adoptando el mecanismo llamado Protocolo Facultativo, el que no es sino un instrumento anexo al Tratado que le introduce a éste modificaciones que se juzgan indispensables para su fiel cumplimiento. Su validez jurídica internacional y nacional exige los mismos trámites que un tratado.

En el presente caso, luego de constatar que los mecanismos internacionales existentes para implementar esta Convención eran insuficientes, el Protocolo Facultativo ha establecido un nuevo sistema, cual es el de *comunicaciones* presentadas al "Comité para la eliminación de discriminación contra la mujer", por alguna persona o grupo de personas que alegue ser víctima de una violación al Tratado por parte del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentra.

El Protocolo Facultativo, en sus 21 artículos, organiza, regula y resuelve este nuevo mecanismo en orden a la eficacia del Tratado.

Chile, a pesar de haberlo suscrito, no lo ha ratificado aún. Está pendiente su tramitación legislativa; ha sido aprobado por la Cámara de Diputados y está en estudio en el Senado de la República.

2.2.2. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Génesis y Propósitos de este Tratado

El 9-6-1994, en Belém do Pará (Brasil), durante el 24^º Período de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, también denominada “Convención de Belem do Pará”, la que fue promulgada por el Gobierno chileno mediante Decreto Supremo N° 1.640, de 23-09-1998, y publicada en el Diario Oficial, el 11-11-1998.

Los considerandos de esta Convención hacen referencia al respeto irrestricto de los derechos humanos consagrados tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en otros textos internacionales, y convencidos de que la violencia contra la mujer constituye una gran violación de ellos y una “manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, la que 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” y en el convencimiento de que erradicar esta violencia “es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida”, los Estados Americanos han acordado proponer a los miembros de la OEA la presente Convención.

El principio que informa este texto es básicamente el de respeto a la integridad física, psicológica y sexual de la mujer.

Y para aclarar el sentido de este principio, el artículo 1º de la Convención señala que “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado”.

Ahora bien, para precisar qué conductas se entenderán incluidas en la violencia física, sexual o psicológica, el artículo 2º señala tres hipótesis, a saber:

- que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer. Se comprende, entre otros, actos de violación, maltrato y abuso sexual.
- que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y se comprende, entre otros, actos de violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lu-

gar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

– que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

Derechos Humanos de la Mujer protegidos por el Tratado

Los artículos 3º a 6º señalan los derechos protegidos. El marco de protección lo da el artículo 3º cuando indica que “toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”. El concepto “vida libre de violencia” es precisado por el artículo 6º cuando, de modo meramente ilustrativo, señala que él incluye, entre otros:

- el derecho de la mujer de ser libre de toda discriminación, y
- el derecho de la mujer de ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

El artículo 4º, finalmente, prescribe que “toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos”, y enuncia de manera ilustrativa o ejemplar algunos de tales derechos de índole civil, política, económica, social y cultural.

Obligaciones para los Estados Partes

El artículo 7º señala que los Estados Partes deben condenar toda forma de discriminación contra la mujer, y sus artículos 8º y 9º disponen que deben, además, adoptar en forma progresiva medidas específicas para adecuar sus respectivos patrones socio-culturales al espíritu del Tratado.

Mecanismos de Protección de los Derechos

Los artículos 10 a 12 señalan los medios a través de los cuales los Estados Partes informarán periódicamente a la Comisión Interamericana de Mujeres, de las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, así como sobre las dificultades observadas en su aplicación y los factores que contribuyen a exacerbar dicha violencia.

Por otra parte, el artículo 11 dispone que tanto los Estados como la Comisión ya señalada podrán requerir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos su opinión consultiva sobre la interpretación de este Tratado.

3. CONCLUSIONES

Luego de haber revisado que tanto los tratados internacionales sobre Derechos Humanos como los que explicitan y protegen los derechos de la mujer han sido incorporados a la legislación interna, cabría esperar que ellos fuesen judicialmente invocados y reconocidos. Sin embargo, no ha ocurrido así. En efecto, no hemos encontrado sentencia alguna que se funde en ellos. Pensamos que esto se debe a que los referidos tratados tienen carácter, a nuestro juicio, de programáticos. Tan es así que exhortan a los Estados signatarios a acomodar su legislación interna a sus normativas. Chile así lo ha hecho: ha modificado la propia Constitución, el Código Civil, el Código Penal, la legislación laboral, entre otras.

Abona esta percepción nuestra legislación sobre violencia intrafamiliar, consagrada por la Ley 19.325, de 27 de agosto de 1994, sólo dos meses después de acordado el Tratado de Belém do Pará que previene, erradica y sanciona la violencia contra la mujer, y que fue publicado en el Diario Oficial cuatro años más tarde, el 11 de noviembre de 1998.

Por otra parte, cabe tener presente que en Chile en materia de relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional no sólo hay opiniones discrepantes, sino también opiniones infundadas. En efecto, un alto magistrado ha sostenido en una declaración a la prensa que los jueces no deben aplicar la letra de la ley, sino los principios de legalidad y de reserva constitucional en materia de derechos esenciales de la persona humana. A su juicio, cualquiera sea la ley que se dicte (aludía a la consabida ley de amnistía) sólo será vinculante para el juez si respeta los derechos esenciales que la Constitución Política resguarda y que el Derecho Internacional, aun el no escrito, exige como referente básico de la convivencia civilizada. Se alude así a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución Política, que textualmente señala: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución; así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Esta disposición fue incorporada por la ley de Reforma Constitucional 18.825, de 17-08-1989.

Pues bien, la gran interrogante que abre la disposición citada consiste en determinar el alcance de la expresión "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". Desde luego la propia Constitución Política se refiere a ellos, junto a muchos otros, en el artículo 19, y en el capítulo III

dedicado a la nacionalidad, pero no indica cuáles son esenciales y cuáles no lo son, si bien se puede estimar que hay un orden de prelación en su enunciado.

La respuesta, a nuestro juicio, está en la parte final del inciso 2º, que se remite a “los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Entre esos tratados hay dos que son paradigmáticos: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y vigente en Chile desde 1989, y la Convención Americana de Derechos Humanos. Ambos tienen una disposición común contenida en el artículo 4º del primero y en el 27 del segundo, en donde enumeran los derechos que nunca pueden suspenderse, ni aun en los “estados de excepción”. A nuestro juicio tienen, en consecuencia, carácter de “derechos esenciales” aquellos que **no pueden suspenderse bajo ninguna circunstancia**, entre ellos: el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, el de inviolabilidad de la condición de persona humana, el derecho a la irretroactividad de la ley penal, el de libertad de pensamiento y de religión, el derecho al debido proceso, el de igualdad ante la ley, etc.

¿Cómo debe, entonces, el juez interpretar y aplicar la ley? A nuestro juicio ha de aplicar la Constitución Política, en primer lugar. Si hay colisión entre la ley común y alguno de los derechos esenciales contemplados en uno u otro de estos Tratados, el juez debe aplicar ese derecho esencial al caso. Así, por ejemplo, entre la ley que hace responsable al alcalde de las deudas previsionales originadas por sus antecesores y que permiten reducirlo a prisión por ellas, el juez debe aplicar lo previsto en el art.11 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que “prohíbe la prisión por deudas”. Sin embargo, en Chile los abogados defensores de los alcaldes no han sabido invocar estos tratados y han acudido a soluciones políticas de compromiso.

¿Se puede afirmar, entonces, que “los derechos esenciales” son principios de Derecho Internacional de inspiración iusnaturalista? Sí. ¿Interpretables subjetivamente? No, porque están señalados expresamente en dichos Tratados. De la misma manera cabe concluir que lo están los derechos de la mujer consagrados en sus tratados específicos en la medida que se entienden comprendidos en los de libertad personal –y prohibición de toda forma de esclavitud y servidumbre–, de igualdad ante la ley, de inviolabilidad de la condición de persona humana, etc., es decir, en la medida que constituyen derechos que jamás pueden suspenderse.

En estos casos parece cumplirse la autorizada opinión del maestro Alvaro D’ors: mientras el derecho no es reconocido judicialmente, es letra muerta.