

La perspectiva de género como hermenéutica en el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno

*Bárbara Sepúlveda Hales**
*Lieta Vivaldi Macho***

RESUMEN

En los últimos años, el Tribunal Constitucional de Chile ha transitado desde una comprensión inicialmente restrictiva de la igualdad de género hacia una interpretación más profunda que incorpora estándares internacionales de derechos de las mujeres. Este artículo analiza en qué medida el TC ha incorporado la perspectiva de género en sus sentencias pertinentes al control posterior de constitucionalidad y resalta los hitos jurisprudenciales más significativos que dan cuenta de ello. Además, se presentan y definen brevemente los conceptos de hermenéutica constitucional con perspectiva de género, el que representa una crítica sustancial y una expansión del paradigma interpretativo tradicional en el ámbito del derecho constitucional, y de Constitucionalismo Feminista, el que busca, entre otros objetivos, desvelar las estructuras patriarcales incrustadas en los textos y prácticas constitucionales, y propone formas alternativas de interpretación y aplicación del derecho que promuevan la igualdad sustantiva y la justicia de género.

Interpretación constitucional; Constitucionalismo feminista; perspectiva de género

*Gender perspective as hermeneutics in judicial review
by the chilean Constitutional Court*

ABSTRACT

In recent years, the Constitutional Court of Chile has shifted from an initially restrictive interpretation of gender equality to a more comprehensive approach that incorporates international women's rights standards. This article analyses the extent to which the Constitutional

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho con mención en Derecho Público, Universidad de Chile. Magíster en Género (investigación), London School of Economics and Political Science, Inglaterra. Profesora de la Universidad Alberto Hurtado, Chile. <https://orcid.org/0000-0002-4396-0621>. Correo electrónico: bsepulveda@uahurtado.cl

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Sociología, London School of Economics and Political Science, Inglaterra. Doctora en Sociología, Goldsmiths College, Universidad de Londres, Inglaterra. Profesora de la Universidad Alberto Hurtado, Chile. <https://orcid.org/0000-0002-0501-5143>. Correo electrónico: lvivaldi@uahurtado.cl

Este trabajo está asociado al proyecto "Fortalecimiento de los estudios de Sociología del Género y Metodología Feminista en el Departamento de Ciencias del Derecho", Folio N° PAI77200044, Código 77200044510535.

Artículo enviado el 31.10.2023 y aceptado para su publicación el 12.6.2024.

Court has integrated a gender perspective in its rulings on judicial review and highlights the most significant jurisprudential milestones that reflect this. Additionally, this text presents the concepts of constitutional hermeneutics with a gender perspective and feminist constitutionalism. Constitutional hermeneutics with a gender perspective represents a significant critique and expansion of the traditional interpretive paradigm in the field of constitutional law. Feminist constitutionalism aims to unveil the patriarchal structures embedded in constitutional texts and practices and proposes alternative forms of interpretation and application of the law that promote substantive equality and gender justice.

Judicial review; Feminist constitutionalism; gender perspective.

INTRODUCCIÓN

En años recientes, la perspectiva de género, entendida como un enfoque y metodología que busca entender las diferencias y desigualdades de género y cómo estas afectan en concreto a las personas, ha empezado a instaurarse en nuestra cultura jurídica como una praxis hermenéutica. En efecto, desde el 2018, el Poder Judicial ha establecido una política de igualdad de género y no discriminación¹, en cuyo marco se fomenta la integración de dicha perspectiva en las sentencias².

En el Tribunal Constitucional Chileno (TC) no existe una metodología similar instaurada, sin embargo, en sus fallos más recientes se percibe una transición en la orientación prevalente del Tribunal Constitucional, caracterizada por la adopción de estándares internacionales de derechos humanos que incorporan enfoques derivados de la perspectiva de género. Este artículo se propone examinar cómo el Tribunal Constitucional ha adoptado e incorporado la perspectiva de género en su jurisprudencia reciente. Inicia con una exploración teórica de la hermenéutica constitucional enmarcada en la perspectiva de género, poniendo especial énfasis en cómo esta aborda las diferencias estructurales capaces de generar discriminación. Este análisis se orienta hacia la garantía y efectiva realización de los derechos fundamentales, todo ello bajo el prisma del constitucionalismo feminista.

En este sentido, se argumenta que, para el constitucionalismo feminista, es de suma importancia examinar cómo el TC ha abordado casos relevantes en términos de género en el ámbito del control represivo de constitucionalidad, tanto en su manifestación concreta como en la abstracta. Esto adquiere relevancia especialmente en las materias jurídicas donde existe el riesgo de aplicar y perpetuar estereotipos de género o de restringir los derechos de las mujeres. En el presente artículo se consideran algunas sentencias desde 2005, luego de la reforma constitucional de la Ley Nº 20.050, que le otorgó la facultad de conocer las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Se analizan en particular sentencias en las que se han recogido algunos elementos de la perspectiva de

¹ Política de igualdad de género y no discriminación del Poder Judicial chileno, aprobada por el pleno de la Corte Suprema de Justicia de Chile el 2 de febrero de 2018.

² Secretaría Técnica Igualdad de Género y no discriminación Poder Judicial, 2018.

género como hermenéutica y se utilizaron instrumentos del Derecho Internacional de Derechos Humanos, relacionadas con la discriminación por una “conducta homosexual” en el matrimonio que contradice los principios de igualdad, sentencias relativas al análisis de determinados delitos, incluidos los sexuales, y la utilización del concepto de violencia de género por parte del TC.

Finalmente, se postula que el control de constitucionalidad, en conjunción con el control de convencionalidad aplicado a los tratados internacionales de derechos humanos de las mujeres, ha ejercido una influencia creciente en la interpretación constitucional bajo una óptica de género. Este enfoque ha permitido asegurar que la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional se alinee con los estándares internacionales de derechos humanos, facilitando así, de forma incipiente, una interpretación de la Constitución que promueve la igualdad de género y el respeto a los derechos de las mujeres.

1. CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA, PERSPECTIVA DE GÉNERO Y HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

1. *Aproximaciones al concepto de Constitucionalismo Feminista*

El constitucionalismo feminista se inscribe en el ámbito de la teoría constitucional como un modelo jurídico-político que, con algunos antecedentes teóricos de la aproximación entre derecho constitucional y género distribuidos con mayor fuerza en la segunda mitad del siglo XX³, adquiere esta denominación propia en la década de los 2000. En un sentido epistemológico y con ciertos matices, se puede entender como parte de la tradición del constitucionalismo moderno, pero cuyo objetivo es reinterpretar y remodelar las estructuras legales y constitucionales mediante un análisis de sus implicancias en términos de género. En este sentido, se trata de un nuevo constitucionalismo crítico que explora cómo las normativas y las prácticas constitucionales han contribuido a –o consolidado– las desigualdades y jerarquías de género en la sociedad, enfocándose en la necesidad de promover una igualdad sustantiva mediante la revisión y modificación de las estructuras jurídicas y políticas, las instituciones, las normas, los principios y las interpretaciones jurídicas existentes. De esta forma, aborda la crítica jurídica de la exclusión o marginalización de las experiencias y necesidades de las mujeres y otros grupos de géneros minoritarios dentro del marco legal y constitucional.

³ Entre otros, se destacan los trabajos de Ruth Bader Ginsburg: “Sexual Equality Under the Fourteenth and Equal Rights Amendments”, de 1979 y “Gender and the Constitution”, de 1975. En otros debates acerca del Estado y el derecho constitucional: Pitkin, Hanna, 1981, “Justice: On Relating Private and Public”. *Political Theory* 9 (3): 327-52; Mackinnon, Catharine, 1989, *Toward a Feminist Theory of the State*; Gordon, Linda, 1990, “The Welfare State: Towards a Socialist-Feminist Perspective”. *Socialist Register* 26: 171-200; Binion, Gayle, 1991, “Toward a Feminist Regrounding of Constitutional Law”. *Social Science Quarterly* 72 (2): 207; Amar, Akhil Reed, 1995, “Women and the Constitution”. *Harvard Journal of Law and Public Policy* 18: 465-74; Pateman, Carole, 1996, “Críticas Feministas a la dicotomía Público/Privado”. En *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, 2-23. Barcelona: Paidós.

Beverly Baines y Ruth Rubio-Marín –siguiendo la línea de Carole Pateman en su obra *El Contrato Sexual*⁴– argumentan que el constitucionalismo contemporáneo ha perpetuado un paradigma democrático fundamentado en una ideología del contrato social-sexual, la que impone limitaciones estructurales inherentes a la plena participación ciudadana de las mujeres. Esta crítica se extiende a las diversas manifestaciones del constitucionalismo que, pese a sus diferencias, comparten la premisa de una supuesta neutralidad de género. Sin embargo, tal postulado se revela como una abstracción que ignora las desigualdades de género arraigadas, perpetuando así un marco jurídico que no aborda adecuadamente la discriminación y las barreras que enfrentan las mujeres en el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales⁵.

Estas autoras subrayan que el constitucionalismo feminista efectúa un escrutinio crítico y cuestiona diversos aspectos fundamentales dentro del marco del derecho constitucional. En primer lugar, se revisa la noción formal de igualdad, argumentando que esta concepción puede no abordar adecuadamente las desigualdades estructurales y las diferencias materiales existentes. En segundo término, se analiza la dicotomía entre el centro y la periferia en el ámbito del derecho constitucional, sugiriendo que esta distinción perpetúa exclusiones y marginaciones. Agregan que el constitucionalismo feminista desafía las nociones y categorías tradicionalmente aceptadas como inherentes al derecho constitucional, tales como la separación entre lo público y lo privado, las jerarquías y la universalidad de los derechos, entre otras, argumentando que dichas distinciones refuerzan estructuras de poder desiguales y afectan la efectividad de los derechos.

Este enfoque también implica una revisión crítica de las instituciones y los derechos desde una perspectiva de género, cuestionando cómo estas estructuras pueden perpetuar desigualdades o, por el contrario, actuar como vehículos para la promoción de la igualdad de género. Por otra parte, el derecho comparado se convierte en una herramienta útil para este análisis, permitiendo el estudio de diferentes enfoques y soluciones jurídicas adoptadas en diversos contextos para abordar la discriminación de género. Además, Baines y Rubio-Marín argumentan que el constitucionalismo feminista se involucra con teorías acerca de la diversidad, reconociendo la importancia de abordar y valorar las diferencias, no solo en términos de género, sino también considerando otras intersecciones como la raza, la clase, la orientación sexual, entre otras, para construir un marco jurídico más inclusivo y equitativo⁶.

Catharine MacKinnon, por su parte, argumenta que el constitucionalismo adquiere una dimensión feminista bajo ciertas condiciones específicas. Este se caracteriza por estar impulsado por principios alternativos al *statu quo*, abordando y desafiando la supremacía masculina de manera estratégica y directa, sin recurrir a evasivas. Es fundamental que promueva una igualdad sustantiva, no solo formalmente reconocida en documentos legales, sino también efectiva y palpable en el orden social. Para la autora, aunque este

⁴ PATEMAN, 1995.

⁵ BAINES, BARAK-EZ & KAHANA, 2012, pp. 2-4.

⁶ BAINES, BARAK-EZ & KAHANA, 2012, pp. 4.

enfoque constitucional sea sensible a los distintos contextos socioculturales, rechaza cualquier justificación de la sumisión femenina bajo el pretexto de diferencias culturales. En este sentido, se opone a la concepción de que las esferas doméstica, familiar y comunitaria sean meramente privadas y, por esta razón, exentas del escrutinio público, argumentando que estas áreas son fundamentales para el análisis feminista⁷.

MacKinnon señala que el constitucionalismo feminista también critica la racionalización de cualquier forma de dominación o violencia como si hubiera sido consentida en situaciones donde no existe una libertad efectiva para disentir, ni poder para evitar tales acciones o sus consecuencias. Finalmente, plantea una reflexión crítica respecto de si el Estado y el derecho reflejan una hegemonía masculina, tanto en su contenido como en su estructura, cuestionando la neutralidad de estas instituciones y promoviendo un análisis que revele y confronte las desigualdades de género inherentes en el sistema jurídico⁸.

En síntesis, el constitucionalismo feminista ha argumentado que una democracia plena requiere más que la igualdad formal ante la ley; demanda una transformación de las estructuras sociales, económicas y políticas para erradicar las desigualdades de género, comprometiéndose con la justicia de género y empleando el análisis crítico para desafiar y redefinir las concepciones tradicionales de lo público y lo privado, el sujeto de derecho, la soberanía, la ciudadanía, la democracia y los derechos humanos.

2. *Perspectiva de género en las sentencias judiciales*

Una observación preliminar al abordar la interpretación jurídica con perspectiva de género reside en que, al igual que no existe un único *iusfeminismo*, tampoco hay una sola modalidad de interpretación. Al respecto, Barak-Erez distingue cuatro enfoques de interpretación feminista del derecho que coinciden con tipos de feminismo: liberal, cultural, radical, y de la diversidad⁹. Cada una de estas miradas desde el género realiza un énfasis en algún aspecto del derecho y contribuye, a su manera, a enriquecer el debate jurídico.

La autora señala que el feminismo liberal, por ejemplo, al insistir en leer los textos neutros en cuanto al género como aplicables en general tanto a hombres como a mujeres y aspirar a dar significados restringidos a las disposiciones que sí contienen distinciones entre hombres y mujeres, “puede inspirar varias herramientas interpretativas, todas ellas al servicio de la igualdad formal de oportunidades”¹⁰. Asimismo, reconoce en la diversidad de voces y la ética del cuidado que promueve el feminismo cultural, un potencial para reformar el derecho mediante la interpretación en aquellas tradiciones constitucionales reticentes a reconocer los derechos sociales¹¹. La interpretación puede desempeñar un papel importante en el contexto de muchos textos constitucionales

⁷ MACKINNON, 2011, p. x.

⁸ *Ibid.*, p. xi.

⁹ BARAK-EREZ, 2012, p. 86 y ss.

¹⁰ *Ibid.* p. 86.

¹¹ *Ibid.*, p. 88.

vagos en este ámbito. Luego, la autora señala que la interpretación que se inspira en el feminismo radical respalda las opciones interpretativas que conducen a una resistencia más eficaz a dicha subordinación social de la mujer al hombre y la liberación de su sometimiento a la violencia¹². Por último, Barack-Erez identifica la diversidad de voces en el feminismo como una ampliación necesaria del análisis jurisprudencial feminista, de forma tal que no se utilice solo la mirada de las mujeres de clase media y educadas, y así evitar la captura por parte de una élite del análisis feminista del derecho.

En el ámbito del análisis jurisprudencial con perspectiva de género, las aportaciones de Ruth Bader Ginsburg ostentan un carácter pionero. Casi dos décadas antes de su nominación a la Corte Suprema, con su artículo “El género y la Constitución” redactado en 1975, Bader Ginsburg inauguró un campo de investigación que resultaría fundamental para el avance de la teoría de género en el derecho constitucional estadounidense. Los escritos de la autora ejercieron una influencia notable en la Corte Suprema norteamericana, la que había comenzado a establecer precedentes que expandían la comprensión de la interpretación constitucional como no neutral respecto del género¹³, y que aspiraban a una igualdad constitucional que no se podía materializar genuinamente si su tutela replicaba las preconcepciones de desigualdad fundamentadas en el género. Sin embargo, la perspectiva de género está lejos de ser un método consolidado en la jurisprudencia norteamericana. Muchas de las contribuciones de Bader Ginsburg al desarrollo de este método en la Corte Suprema de EE.UU. se hicieron por la vía de opiniones disidentes.

En su fallo de 1971 en el caso *Reed vs. Reed*, la Corte estadounidense evidenció no solo la modificación de su perspectiva respecto de la naturaleza de las diferencias de género, sino más específicamente el efecto transformador de requerir a los tribunales que aplicaran la lógica predominante de la legislación pertinente a discriminación racial al dominio de la jurisprudencia respecto de igualdad de género¹⁴. Este caso estableció un precedente significativo al reconocer que la discriminación basada en el género se debe someter a un escrutinio riguroso por parte de los tribunales y que las leyes que discriminan por género son inconstitucionales a menos que puedan demostrar una justificación convincente y necesaria. Ahora bien, recientemente, las decisiones de este órgano han fragilizado sus precedentes más significativos, especialmente en materia de aborto, dentro de estos, los más relevantes del debate constitucional acerca del aborto en la Corte Suprema de EE.UU. son: *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, sentencia de 29 de junio de 1992, 505 U.S. 833 (1992); y *Dobbs v. Jackson*. No. 19-1392, sentencia de 24 de junio de 2022¹⁵.

¹² *Ibid.*, p. 89.

¹³ GINSBURG, 1975, p. 10.

¹⁴ WILLIAMS, 2016, p. 250.

¹⁵ En el caso *Roe v. Wade*, la Corte Suprema de Estados Unidos estableció que el *nasciturus* no se clasifica como persona bajo los términos de la Constitución de dicha nación y, por consiguiente, no es titular de derechos constitucionales. La sentencia dictaminó que la vida del *nasciturus* no constituye un valor que ostente rango constitucional, lo que implica que los poderes legislativos no están jurídicamente compelidos a salvaguardarla como parte de un mandato constitucional, sin embargo, poseen la facultad discrecional

Desde el 2018, el Poder Judicial chileno ha implementado una política enfocada en la igualdad de género y la no discriminación. Dentro de este contexto, se promueve activamente la incorporación de esta perspectiva de género, tanto en el análisis de casos como en el proceso de dictaminación de sentencias. Para esta labor, el Poder Judicial diseñó una metodología basada en el examen de elementos conceptuales y normativos que la judicatura puede aplicar utilizando una matriz de análisis, como herramienta de asistencia, para conocer y resolver los casos sometidos a su conocimiento. Aunque aún se categoriza como una política de buenas prácticas y, por esta razón, no vinculante para los jueces y juezas, constituye un progreso sustancial hacia una comprensión más enriquecida y crítica de la función judicial y su papel como custodio de la justicia para todos los individuos. En efecto, dicha matriz señala que el análisis con perspectiva de género se trata de un mandato constitucional derivado de la obligación del Estado de Chile de cumplimiento de los tratados internacionales y que debe ser aplicado en la sentencia “aun y cuando las partes involucradas en el caso no la hayan contemplado en sus alegaciones”¹⁶.

En el Tribunal Constitucional no existe, de una forma al menos institucionalmente reconocida, una matriz similar a la establecida por la Corte Suprema. Por tanto, una manera de identificar si una sentencia del TC incorpora la perspectiva de género, es utilizar como referencia los elementos mínimos que se consagran en el Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias del Poder

de otorgar protección a la vida del *nasciturus*. En relación con la Constitución, dicho interés estatal puede prevalecer sobre los derechos de la mujer cuando se eleva al nivel de un interés apremiante o *compelling interest*. Esto ocurre a partir del umbral de viabilidad fetal, instante en el cual se considera que el feto podría sobrevivir fuera del útero materno, siempre y cuando la continuación del embarazo no represente una amenaza para la salud o la vida de la mujer gestante.

Luego, en el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, hubo una reevaluación doctrinal de la decisión *Roe*. Se concedió al Estado la potestad de manifestar su interés en la tutela de la vida prenatal, incluso con anterioridad al periodo de viabilidad del feto. No obstante, esta autorización está condicionada a que las regulaciones estatales no impongan una carga indebida —o *undue burden*— que impida sustancialmente el ejercicio del derecho de la mujer a decidir por la interrupción del embarazo. En consecuencia, cualquier medida estatal que tenga el efecto de crear obstáculos significativos ante el acceso al aborto estaría considerada como tal carga indebida y, por tanto, inadmisibles bajo el criterio establecido por esta jurisprudencia.

En el caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022), el Tribunal de Distrito dictó un fallo en favor de los demandados, emitiendo una prohibición permanente acerca de la ejecución de la ley en cuestión. El fundamento de esta decisión se basó en que la restricción de aborto después de las 15 semanas estipulada por el estado de Mississippi infringía los precedentes establecidos por la Corte Suprema que impiden a los estados la prohibición del aborto antes del punto de viabilidad fetal.

El fallo de la Corte Suprema en *Dobbs v. Jackson* concluyó lo siguiente: la Constitución de los Estados Unidos no confiere un derecho al aborto; los casos *Roe* y *Casey* son revocados; y la autoridad para regular el aborto se devuelve a los ciudadanos y a sus representantes electos. Este veredicto representó un cambio significativo en la jurisprudencia sobre el derecho al aborto en Estados Unidos, otorgando a los estados la capacidad de regular o prohibir el aborto sin las limitaciones impuestas por los casos *Roe* y *Casey*.

¹⁶ Secretaría Técnica Igualdad de Género y no discriminación Poder Judicial, 2018, p. 87.

Judicial, para la labor jurisdiccional ordinaria, y aplicarlos por analogía en el análisis de sentencias dictadas en el ámbito de la jurisdicción constitucional¹⁷.

En este sentido, la aplicación de la matriz del Poder Judicial para juzgar con perspectiva de género en las sentencias del TC, debería obedecer al menos a seis pasos. El primero se centra en la identificación detallada del caso. Esto implica el análisis del contexto en que ocurren los hechos, teniendo en cuenta aspectos como las costumbres, estereotipos de género, la valoración social de las mujeres y de individuos en situación de vulnerabilidad. Se debe identificar a las partes o sujetos procesales, atendiendo a categorías que podrían ser objeto de discriminación, como la raza, género, orientación sexual, entre otros. Es crucial determinar los derechos que se consideran vulnerados o limitados, quiénes son los afectados, quiénes deben garantizar esos derechos y si estos se reclaman de manera individual o colectiva, especialmente en casos de discriminación o violencia contra mujeres. Finalmente, se evalúa la necesidad de adoptar medidas de protección ante posibles daños graves a la integridad o la vida de las personas involucradas.

El segundo paso es el de análisis y desarrollo del caso, donde la matriz sugiere actuar con observancia de la debida diligencia judicial para garantizar el acceso a la justicia, identificar las relaciones de poder en la situación bajo estudio, considerar los roles, estereotipos, mitos y prejuicios que puedan surgir tanto desde la visión de jueces y juezas, como de las intervenciones de las partes y establecer si en el caso concurren dos o más discriminaciones (género, raza, sexo, etnia, edad, etc.), por lo que se requiere un análisis de interseccionalidad.

El tercer paso consiste en examinar las pruebas bajo el esquema propio de valoración, especialmente en situaciones de discriminación o violencia donde la evidencia directa puede ser escasa. Se destaca que, en casos de violencia contra las mujeres, no siempre se pueden aplicar las generalizaciones o máximas de experiencia habituales, como la consistencia en los testimonios para evaluar su credibilidad. Lo anterior debido al carácter cíclico de la violencia de género¹⁸, lo que conduce a las víctimas muchas veces a retractarse “ya sea por amenaza, reconciliación, dependencia, etcétera”.

El cuarto paso se refiere al examen normativo, considerando un marco normativo amplio al revisar y aplicar las normas que conciernen al caso. Asimismo, señala que en este paso se debe analizar “la aparente neutralidad de la norma con el fin de determinar su alcance discriminatorio y evaluar el impacto diferenciado en su aplicación”.

El quinto paso consiste en la revisión de la jurisprudencia, la doctrina jurídica, los principios generales del derecho y los criterios de interpretación jurídica. Aquí se sugiere consultar la amplia doctrina y jurisprudencia a nivel nacional e internacional en casos concernientes a desigualdad, discriminación y violencia contra la mujer.

¹⁷ Se emplean los conceptos jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en los términos de Colombo Campbell, para distinguir entre la jurisdicción (como ámbito de competencia) que le corresponde al Tribunal Constitucional y la que le corresponde al resto del sistema. COLOMBO, 2002, p. 41 y ss.

¹⁸ En este sentido, la matriz del PJUD incorpora lo demostrado en la obra de Leonore Walker respecto del proceso que viven las víctimas de violencia de género por parte de sus agresores. Ver: Walker, L.E., 2016. *The battered woman syndrome*. Springer Publishing Company.

El sexto paso recomienda dictar la sentencia de manera prioritaria y en un tiempo razonable, enfocándose en garantizar igualdad, no discriminación y acceso a la justicia, incluyendo medidas de reparación integral. Además, subraya la importancia de redactar la decisión con suficiente rigor para que tenga un efecto pedagógico, promoviendo la transformación cultural y previniendo la persistencia de conductas discriminatorias y violentas. Es decir, admite el rol de los órganos jurisdiccionales del Estado de no solo ser garantes de derechos humanos, sino también de promover y contribuir a los cambios culturales para su realización, sensibilizando a la sociedad para la toma de conciencia acerca de la realidad de las mujeres¹⁹.

3. *Hermenéutica constitucional con perspectiva de género y estándares internacionales de derechos humanos de las mujeres en las sentencias del Tribunal Constitucional de Chile*

La perspectiva de género como canon hermenéutico constitucional implica una metodología interpretativa que busca elucidar el sentido, alcance y aplicación de las normas y principios constitucionales desde un enfoque que reconoce y atiende las desigualdades y diferencias de género existentes en la sociedad²⁰. Esta perspectiva se fundamenta en la idea de que la interpretación y aplicación del derecho no son procesos neutrales, sino que están imbuidos de las estructuras sociales y culturales que pueden perpetuar desigualdades, como las que reproducen jerarquías basadas en el género. Por tanto, también busca comprender las implicaciones filosóficas, políticas y sociales que subyacen en el texto constitucional y que pueden afectar a las mujeres, en cuanto la jurisdicción constitucional opera, en palabras de Busch, como una “zona de contacto entre el derecho y la realidad política”²¹.

De esta manera, la hermenéutica de género en el derecho constitucional no solo enriquece la interpretación jurídica, sino que también desafía y expande los límites del discurso constitucional tradicional. Su aplicación permite un desvelamiento de supuestos normativos discriminatorios y provee una interpretación contextualizada de las normas constitucionales, al tomar en cuenta las diferencias de género y las desigualdades estructurales que afectan la realización de los derechos fundamentales. Así, propicia una jurisprudencia crítica que fomenta un diálogo más directo entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, al incorporar estándares y principios internacionales referentes a igualdad de género en la interpretación constitucional.

En el transcurso de su evolución jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha emitido fallos de relevancia en los que la aplicación de una perspectiva de género habría sido pertinente, sin embargo, se observó una notable ausencia de este enfoque. Un ejemplo de esta ausencia fue la sentencia de inconstitucionalidad del Decreto Supremo reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, que autorizaba la distribución de la “píldora

¹⁹ SILVA, 2021, p. 38.

²⁰ BARAK-EREZ, 2012, pp. 85 y 86.

²¹ BUSCH, 2006, p. 277.

del día después” como método de anticoncepción de emergencia en los consultorios²². El TC acogió el requerimiento argumentando que el derecho a la vida concurre desde la concepción, anteponiendo la existencia del cigoto a la de la mujer y su esfera de autonomía reproductiva. Más de diez años después, en enero de 2019, el TC resolvió los requerimientos de inconstitucionalidad presentados por senadores y diputados respecto del artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo N° 67 de 2018, del Ministerio de Salud, que establecía el Reglamento para ejercer objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario²³. En esta sentencia restringió los derechos de las mujeres de la Ley IVE al estimar inconstitucional el límite a la objeción de conciencia de las instituciones cuando estas contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón. En la misma línea, en resoluciones más recientes que abordan los derechos parentales de parejas del mismo sexo²⁴, el tratamiento de las cuestiones de género no alcanzó la profundidad esperada²⁵.

En materia de familia, a modo de ejemplo, es posible señalar las deliberaciones del TC respecto de la inconstitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Aunque es importante señalar que estas deliberaciones tuvieron lugar antes de la aprobación del matrimonio igualitario en Chile. Entre los análisis académicos de esta materia destacan los trabajos de Fabiola Lathrop²⁶ y Yanira Zúñiga²⁷.

A contraparte, existen sentencias donde el Tribunal parece adoptar una postura más receptiva hacia la sensibilidad de género, aunque sin llegar a consolidar un marco analítico que se alinee completamente con los principios y lógicas inherentes a la perspectiva de género, tal como se evidencia en el fallo sobre la Ley de Isapres, en el que se declaró la inconstitucionalidad de algunos criterios de la tabla de factores utilizada para determinar los precios de los planes de las Isapres, como la diferenciación entre el hombre y la mujer para efectos del riesgo²⁸. Asimismo, en el periodo previo a las sentencias de la Ley Pascua –que se examinará más adelante–, se detectan intentos por parte del Tribunal de incorporar elementos de la perspectiva de género, notablemente en la sentencia referente a la ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo en tres causales²⁹. Este enfoque, aunque incipiente, marca un enfoque fundamental hacia una mayor consideración de las dimensiones de género en el análisis jurídico constitucional.

La identificación y análisis de estos momentos clave dentro de la trayectoria jurisprudencial del Tribunal Constitucional revelan una evolución que, por momentos, parece fluctuar o incluso retroceder en cuanto a la integración efectiva de la perspectiva de género en su razonamiento y dictámenes. Este reconocimiento de una evolución no

²² Tribunal Constitucional, 18 de abril de 2008, rol 740-08.

²³ Tribunal Constitucional, 18 de enero de 2019, rol 5572-18.

²⁴ Tribunal Constitucional, 6 de noviembre de 2020, rol 7774-19.

²⁵ ZÚÑIGA, 2021, p.

²⁶ LATHROP, 2017.

²⁷ ZÚÑIGA, 2021.

²⁸ Tribunal Constitucional, 6 de agosto de 2010, rol 1710-10.

²⁹ Tribunal Constitucional, 28 de agosto de 2017, rol 3729-17.

lineal es fundamental para comprender la dinámica compleja y, en ocasiones, contradictoria que caracteriza la incorporación de consideraciones de género en el ámbito jurídico constitucional.

Un factor crítico que parece haber obstaculizado la efectiva integración de la perspectiva de género en el ámbito jurisdiccional del Tribunal Constitucional se relaciona con su histórica postura respecto del papel y jerarquía de los tratados internacionales dentro del proceso de control de constitucionalidad, así como la consideración hacia las sentencias interamericanas. A pesar de un incipiente cambio de dirección en esta materia, tal evolución es frecuentemente ignorada o minimizada, llevando a una interpretación errónea de las prácticas del TC. Este malentendido sugiere, equivocadamente, que el TC ha mantenido una práctica constante de incorporar estándares internacionales como pilares fundamentales de sus resoluciones. Esta ambigüedad es particularmente palpable al analizar la sentencia de inaplicabilidad respecto del caso de la Ley Pascua³⁰, destacando así la complejidad y el retraso en la adopción de una perspectiva de género más robusta y coherente en el marco jurídico constitucional.

Ahora bien, para realizar una interpretación constitucional con perspectiva de género, el TC enfrenta diversos desafíos. En primer lugar, la Constitución de 1980 no contempla derechos específicos de las mujeres, las cláusulas paritarias están referidas a los órganos que deben efectuar su reforma total y la norma que establece la igualdad de hombres y mujeres se enmarca en la igualdad meramente formal. En segundo lugar, a esto se debe sumar una aun débil consagración de derechos de las mujeres en el resto del ordenamiento jurídico. Sin embargo, a juicio de MacKinnon, esto no debiera ser necesariamente un obstáculo para la interpretación sensible al género que puede realizar un tribunal constitucional. La autora señala que lo textual a nivel constitucional no será determinante por sí solo, sino que más bien, sea cual sea el lenguaje textual de la Constitución, los poderes judiciales suelen desplegar diversas teorías de igualdad a la hora de interpretar y aplicar los términos de género³¹. En este sentido, para poder suplir la falta de un reconocimiento expreso de normas de género a nivel constitucional, resulta del todo evidente que, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la constitucional, los tribunales debieran realizar una interpretación conforme con los tratados internacionales de derechos humanos y a la luz de esos instrumentos jurídicos, por ejemplo, interpretar los derechos fundamentales positivizados con el fin de integrar los estándares de igualdad de género.

La utilización de los estándares internacionales de derechos humanos de las mujeres permite aprehender y reconocer la naturaleza en constante desarrollo de los derechos fundamentales, garantizar su no regresividad y promover interpretaciones que reflejen los avances sociales en la comprensión de la igualdad de género. Esta interpretación no se limita únicamente a los marcos normativos de las convenciones, sino que abarca igualmente otros instrumentos que forman parte de los estándares internacionales. Esto

³⁰ VILLAVICENCIO Y ZÚÑIGA, 2022.

³¹ MACKINNON, 2012, p. 406.

es, aquellos contenidos e interpretaciones actualizadas que se encuentran en instrumentos emanados de los organismos internacionales de derechos humanos que no tienen carácter vinculante para los Estados, como la jurisprudencia internacional, las conferencias y las plataformas de acción, las observaciones, las opiniones consultivas, las relatorías y las recomendaciones generales, entre otros. En materia de derechos de las mujeres, los instrumentos más relevantes para fijar los estándares son la CEDAW; la Plataforma y Plan de Acción de Beijing; la Convención de Belém do Pará y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

Desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, el control de convencionalidad establece que los jueces en países firmantes de la CADH deben asegurar que las leyes nacionales no contradigan los objetivos y fines de la Convención. En esta línea, la Corte IDH señala que el Poder Judicial no debe aplicar solo las disposiciones del tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana³². Si bien el TC chileno no pertenece al Poder Judicial, ejerce justicia constitucional. Además, la Corte IDH ha estimado que realizar el control de convencionalidad es una obligación extensiva a todos los órganos del Estado³³.

Como se expondrá a continuación, el control de convencionalidad que realiza el TC en las sentencias de control posterior de constitucionalidad que se han seleccionado en este trabajo se ajusta a lo dispuesto por la Corte IDH³⁴. En relación con lo anterior, respecto del parámetro del control de constitucionalidad, el TC chileno también ha reconocido en su jurisprudencia algunas manifestaciones de la idea del bloque de constitucionalidad³⁵.

2. SENTENCIAS SOBRE CONTROL POSTERIOR DE CONSTITUCIONALIDAD CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

En el contexto del control de constitucionalidad posterior, que abarca las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (control concreto) y las acciones de inconstitucionalidad (control abstracto), se puede discernir con mayor claridad la evolución de la perspectiva de género en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esta ha transitado desde una ausencia completa de la perspectiva de género, a una inicial aún exigua. Inclusive la incorporación del concepto “perspectiva de género” aparece por primera vez en fallos muy recientes –los que se analizarán en lo que sigue–, ya que el TC, hasta esas sentencias, no había utilizado el término género, sino una forma más restrictiva basada en la noción de igualdad formal entre hombres y mujeres establecida en el artículo 19 número 2 de la Constitución.

³² Corte IDH, 26 de septiembre de 2006, párr. 123.

³³ Ver: Corte IDH, 26 de septiembre de 2006, párr. 124; Corte IDH, 20 de noviembre de 2007, párr. 78; Corte IDH, 1 de octubre de 2021, párr. 138.

³⁴ Corte IDH, 31 de agosto de 2010, párr. 219.

³⁵ Véanse: Tribunal Constitucional, sentencias roles 634-06, 1340-09, 1443-09 y 1852-10.

Como se ha dado cuenta por el sector *iusfeminista* de la doctrina³⁶, el TC ha abordado asuntos de gran relevancia para las mujeres y, en algunos casos emblemáticos, sus sentencias han reforzado estereotipos de género o restringido los derechos de las mujeres. Como señala Zúñiga, en estos casos, los votos de mayoría más que argumentos son resistencias, parte del *backlash* conservador y de imaginarios tradicionales del género³⁷. No obstante, es posible advertir en una pequeña proporción de la jurisprudencia constitucional de los últimos años, que el TC ha incorporado una incipiente perspectiva de género, y que su interpretación de ella ha evolucionado hacia una comprensión cada vez más sofisticada.

A continuación se examinarán cuatro sentencias del Tribunal Constitucional. La primera es la sentencia de abril de 2021 que acogió un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por la Jueza Titular del Juzgado de Familia de Coquimbo, respecto del numeral 4º, del artículo 54 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil³⁸. Este caso se presenta con la prevención de que, en tiempo posterior a esta sentencia, se aprobó en Chile el matrimonio igualitario³⁹ y se derogó la causal de *conducta homosexual* como habilitante para el divorcio culposo⁴⁰. La segunda sentencia es acerca de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dos artículos de la Ley N° 16.441, comúnmente conocida como Ley Pascua, que otorgaban determinados beneficios penales a los hombres rapanui que cometieran delitos sexuales. Finalmente, en las dos últimas sentencias de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se analizarán, el TC se ha pronunciado referente a la perspectiva de género en la investigación penal y ha aplicado ciertos estándares internacionales de derechos humanos de las mujeres en el acceso a la justicia en causas penales concernientes a violencia de género, en particular, por la constitucionalidad de la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal, esto es, la facultad del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento.

1. *Sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del numeral 4º, del artículo 54 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, respecto de la aplicación de la causal de divorcio de “conducta homosexual”*

Este requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, presentado en 2020 por una jueza de familia, relata un litigio de divorcio por culpa interpuesto por el marido en contra de su cónyuge, basado en la causal genérica del inciso primero del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil y en las causales particulares de los números 2º y 4º. Es decir, el cónyuge solicitó el divorcio por culpa debido a la transgresión grave de los deberes y responsabilidades matrimoniales, fundamentando su demanda en la infidelidad y en la *conducta homosexual* de la mujer, ya que habría sostenido desde el 2018 una relación afectiva con otra mujer. Señaló que, de comprobarse los hechos, el

³⁶ Ver: CASAS Y GONZÁLEZ, 2012; LATHROP, 2017; y ZÚÑIGA, 2021.

³⁷ ZÚÑIGA, 2021, p. 101.

³⁸ Tribunal Constitucional, 27 de abril de 2021, Rol 8851-20.

³⁹ Ley N° 21.400, 2021.

⁴⁰ Ley N° 21.367, 2021.

artículo impugnado sería aplicable y determinante para el fallo del caso, y la magistrada debería decretar el divorcio por la causal de conducta homosexual, causal que, sostuvo, era inconstitucional conforme al artículo 19 N° 2 de la Constitución, que garantiza a todas las personas la igualdad ante la ley.

Al solicitar la declaración de inaplicabilidad, la jueza argumentó que la causal de divorcio por conducta homosexual era altamente arbitraria, despreciando y sancionando solo a ciertos cónyuges, culpabilizándolos por algo que no es sancionable, como, en el caso, era la relación sexo-afectiva de la demandada con otra mujer. Agregó que era suficiente demandar y demostrar la infidelidad, sin necesidad de recurrir a la causal del N° 4, porque, respecto del derecho a la identidad de género, no era relevante el sexo de la persona con quien se comete la infidelidad, bastando que se demostrara la relación extramatrimonial.

En su sentencia, el TC acogió los argumentos del Juzgado de Familia y recalcó que no se justificaba que el legislador hubiera introducido la conducta homosexual “en el mismo catálogo de delitos, patologías sociales, enfermedades de dependencia física o sentencias condenatorias por abusos o violencia” del artículo 54 inciso segundo. Esto, a juicio del Tribunal, se traduce en un *dobles agravio constitucional*, ya que asimila la homosexualidad a condiciones patológicas y atenta contra la igualdad entre un hombre y una mujer en las reglas de ejecución del matrimonio, las que abarcan hasta su disolución⁴¹. Además, indicó que la conducta homosexual sea una causal de divorcio por culpa atribuye al cónyuge una responsabilidad por actos que son inseparables de su condición personal, lo que refuerza un criterio subjetivo no autorizado por la Constitución. En esta línea, el TC consideró que no se puede permitir la instauración de un límite a un derecho fundamental a la igualdad de trato, si la esencia de ese límite radica en menospreciar la condición del individuo mismo o atribuirle responsabilidad y sanciones por un patrón de comportamiento que no puede alterar⁴².

En este sentido, el Tribunal advierte que, si bien una interpretación neutra de la noción de conducta no refiere acciones específicas, es la calificación mediante el adjetivo de *homosexual* que se *activa una integración normativa de prejuicios*, que recaería en la función interpretativa del Juzgado de Familia con la potencialidad de *incorporar hechos ilimitadamente adversos sin atender a la condición de persona y a sus características individuales*⁴³. Estos prejuicios de índole sexual que identifica el Tribunal son estereotipos de género propios de la heteronormatividad⁴⁴ que ha imperado en Chile en el ámbito jurídico de la familia y en la institución del matrimonio, al menos hasta el año 2021, cuando se reforma la Ley de Matrimonio Civil.

⁴¹ Tribunal Constitucional, 27 de abril de 2021, rol 8851-20, considerando trigésimo.

⁴² Tribunal Constitucional, 27 de abril de 2021, rol 8851-20, considerando trigésimocuarto.

⁴³ Tribunal Constitucional, 27 de abril de 2021, rol 8851-20, considerando trigésimoquinto.

⁴⁴ Casas y González denominan heteronormatividad al “hecho que las normas están interpretadas o fueron creadas desde un paradigma en que todos los sujetos en una sociedad son o deben ser heterosexuales”. Los autores concluyen que “de allí se desprende que los comportamientos sexuales diversos serán una desviación denostada, castigada o incluso penalizada”. CASAS Y GONZÁLEZ, 2012, p. 263.

2. *Sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 (Ley Pascua)*

Siguiendo con la revisión de esta evolución interpretativa, se destaca un asunto que fue emblemático para el constitucionalismo feminista chileno en los últimos años, el “Caso Ley Pascua”. Esto, debido a que en un juicio por violación cometida en la Isla de Pascua por un individuo perteneciente al pueblo indígena Rapa Nui, el juez cuestionó la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones que otorgaban ciertos beneficios penales a los isleños en caso de ser encontrados culpables de determinados delitos, incluyendo los sexuales. La violación ocurrió la madrugada del 6 de octubre de 2019, y fue perpetrada en contra de una turista.

El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fue presentado en junio de 2020, por el Juzgado Mixto de Isla de Pascua, referente a los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua. Esta ley, que se originó en 1966, otorgaba ciertos beneficios a las personas nativas de la isla que fueran acusadas de cometer los delitos contemplados en los títulos Séptimo y Noveno del Libro Segundo del Código Penal⁴⁵, tales como la reducción de penas y la posibilidad de cumplir una parte sustancial de estas fuera del recinto carcelario. Las reglas en cuestión, según el juzgado requirente, se encontraban en contravención, por un lado, de las normativas constitucionales que prohíben la discriminación y consagran la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres (artículo 19, N° 2), así como del artículo 19 N° 3 de la Constitución por cuanto impide *la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos*. Asimismo, incumplirían las obligaciones internacionales, específicamente, con lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como la Convención de Belem do Pará y de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés).

El TC resolvió que los mencionados artículos incurrieran en una doble afectación de la tutela judicial, en primer lugar, porque los preceptos legales impugnados establecían una diferencia *entre mujeres porque la ley penal protege de mejor manera a las mujeres agredidas sexualmente por chilenos en el continente que a las mujeres agredidas sexualmente en Isla de Pascua por personas de la etnia rapanui, dado que, en el primer caso, se sanciona con una pena más alta y, en el caso de la violación, se veda además el acceso a una pena sustitutiva*. En segundo lugar, por una mayor protección de la ley fundamentada en la valoración del reproche penal por el legislador debido a su potencial disuasorio de la conducta lesiva en la sociedad⁴⁶. Por tanto, las normas impugnadas eran contrarias a la Constitución,

⁴⁵ En el título Séptimo del Libro Segundo del Código Penal se encuentran los crímenes y delitos “contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”. Por su parte, el título Noveno tipifica los crímenes y delitos contra la propiedad.

⁴⁶ Esta explicación se encuentra en la sección “Antecedentes” del proceso de inconstitucionalidad de oficio respecto de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, que crea el departamento de Isla de Pascua. Tribunal Constitucional, 5 de abril de 2022, rol 12.415-21.

declarando así su inaplicabilidad en el caso en cuestión⁴⁷, y negando los beneficios correspondientes al acusado.

Tras esta decisión de inaplicabilidad, el TC, actuando de oficio y dentro de su atribución exclusiva contemplada en el artículo 93, inciso primero, Nº 7 de la Constitución, procedió a derogar parcialmente el artículo 13 y en su totalidad el artículo 14 de la Ley Pascua, lo que tuvo como consecuencia la eliminación de los beneficios que anteriormente se otorgaban a los habitantes de la isla condenados por delitos sexuales⁴⁸. El TC estimó que esta máxima sanción se fundamentaba, en el caso del mencionado artículo 14, en que entre sus efectos (...) *se constata que si la libertad sexual es el bien jurídico protegido en los delitos de violación y abuso, el sistema penal chileno minusvaloraría la libertad sexual de las mujeres Rapa Nui, al dar una respuesta penal menor frente a los atentados a tal bien jurídico, resultando en un verdadero sistema de discriminación por factores de territorio, sexo y etnia, relativizando además los deberes de erradicación y sanción efectiva de la violencia sexual contra las mujeres, establecidos en el derecho internacional convencional*.⁴⁹ Es interesante esta consideración del TC acerca de la discriminación interseccional que operaría en contra de las mujeres indígenas de la Isla de Pascua, ya que traslada el debate desde la subjetividad androcéntrica indígena —que es lo que se tendría en cuenta al crear una ley que beneficia a agresores sexuales por su condición indígena— hacia un énfasis en las mujeres como sujetos jurídicos titulares de derechos fundamentales. Al razonar de esta manera, el Estado estaría evitando agravar estereotipos respecto de las mujeres indígenas, algo que puede producirse incluso cuando se han proporcionado recursos internos para las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales, si los estereotipos terminan por negar a diferentes subgrupos de mujeres el acceso a esos recursos⁵⁰.

Respecto de la debida diligencia, el tratamiento del TC de la normativa impugnada ratifica lo dispuesto en los estándares internacionales. En este sentido, la Corte IDH, en el *Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia*, señaló que dentro de las obligaciones de la CADH se encuentran aquellas de carácter positivo, las que demandan acciones jurídicas, políticas, administrativas y culturales para proteger los derechos humanos, asegurando que las violaciones a los mismos sean tratadas como ilícitos susceptibles de sanciones correspondientes, así como la obligación de reparación integral a las víctimas.⁵¹ A este respecto, la Corte IDH ha ido más allá, subrayando el rol que puede cumplir el derecho en el progreso de las sociedades, con el fin de evitar la consolidación de prácticas discriminatorias o vulneratorias de derechos humanos. Así, en el *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la Corte sostuvo que debido a que en las sociedades actuales se presentan transformaciones sociales, culturales e institucionales dirigidas hacia desarrollos más inclusivos de todas las alternativas de vida de sus ciudadanos(as). En ese sentido, tanto el derecho como los Estados deben contribuir al progreso social, de lo contrario, advierte la Corte,

⁴⁷ Tribunal Constitucional, 29 de enero de 2021, rol 8792-20.

⁴⁸ Tribunal Constitucional, 5 de abril de 2022, rol 12.415-21.

⁴⁹ Tribunal Constitucional, rol 12.415-21, considerando vigésimo sexto.

⁵⁰ COOK Y CUSACK, 2010, p. 144.

⁵¹ Corte IDH, 26 de agosto de 2021, párr. 89.

se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos⁵². Por tanto, a nuestro juicio, al tomar la decisión de expulsar del ordenamiento jurídico⁵³ una norma legal que al ser aplicada en cualquier caso produce efectos discriminatorios contra las mujeres, como los preceptos legales impugnados de la Ley Pascua, el TC se ajusta a los estándares internacionales de derechos humanos de las mujeres, en particular, al deber de los Estados de adoptar medidas de derecho interno para prevenir, investigar y sancionar la violencia de género.

Algo interesante a destacar es que en la sentencia de inaplicabilidad de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua es primera vez que se utiliza el concepto *violencia de género* por parte de este Tribunal en un voto de mayoría. Se desconocen las razones por las que habría existido una reticencia a denominar de esta forma la violencia contra las mujeres, no obstante, como se verá a continuación, dicho concepto será nuevamente utilizado en sentencias de años posteriores en las que se observa un desarrollo más profundo de la perspectiva de género en la hermenéutica constitucional.

3. *Sentencias de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal, que trata la facultad del Ministerio Público de no perseverar*

El 15 de septiembre de 2022, el TC acogió un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dicho precepto en un caso de investigación por el delito de maltrato habitual y con audiencia pendiente para discutir el sobreseimiento definitivo de la causa respecto de los delitos de lesiones, violación y aborto, todos en contexto de violencia intrafamiliar⁵⁴.

Siguiendo con el razonamiento sostenido en la sentencia de inaplicabilidad en el caso Ley Pascua, el TC observó que los delitos en cuestión pertenecen al ámbito de la violencia de género⁵⁵, es decir, que se encuadran en una manifestación particular de violencia: la violencia dirigida contra las mujeres por el solo hecho de serlo. Este reconocimiento se encuentra en consonancia con lo dispuesto, por ejemplo, en la Convención Belem do Pará, la que define la violencia contra la mujer como *cualquier acto o conducta*

⁵² Corte IDH, 21 de agosto de 2011.

⁵³ *En el caso de la atribución comprendida en el art. 93, inc. 1º, N° 7, CPR, el Tribunal expulsa del ordenamiento jurídico un precepto legal con efecto erga omnes y sin alcance retroactivo -exceptuando disposiciones de tratados internacionales-. Esta situación es diferente a la del requerimiento de inaplicabilidad, en que la norma sigue vigente, solo que es inaplicable a una gestión judicial determinada.* Tribunal Constitucional, rol 1288, considerando 65. En el mismo sentido, sentencias rol 558, considerando 5; rol 1254, considerando 27; rol 1314, considerando 47; rol 2246, considerando 7; rol 2379, considerando 7; rol 590, considerando 5; rol 1345, considerando 2; y rol 6597, considerando 11.

⁵⁴ Tribunal Constitucional, 15 de septiembre de 2022, rol 13.011-22.

⁵⁵ Considerando décimo segundo: *Que, los delitos denunciados se enmarcan en el ámbito de la violencia de género, en cuya investigación no se ha cumplido con los estándares debidos. No escapa a esta magistratura que la persona del denunciado es un funcionario del Ministerio Público, esto es, un agente estatal del órgano encargado constitucionalmente de investigar el delito y que, en específico, desplegaba su labor en la investigación de delitos vinculados a la violencia de género, hasta el punto de conocer a la requirente precisamente en el contexto de haber tomado su denuncia por violencia intrafamiliar.*

basada en el género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en la esfera pública como en la esfera privada. Por su parte, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (Artículo 1º) la describe como *{t}odo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que pueda resultar en un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, incluyendo amenazas de tales actos, coerción o privación arbitraria de la libertad, tanto si ocurren en la vida pública o privada.*

Además, el Comité de la CEDAW en su Recomendación General Nº 35 refuerza esta perspectiva, respaldando su interpretación del artículo 1º de la CEDAW, presentada en la Recomendación General Nº 19 (1992) referente a la violencia contra la mujer, la que define como *la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta de manera desproporcionada*, y se reconoce como una violación de sus derechos humanos⁵⁶. Así también lo ha reconocido la Corte IDH en el *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, al sostener que tal como señala la Convención de Belém do Pará, la violencia contra la mujer no solo es una violación de los derechos humanos, sino también *una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres*⁵⁷. En ese sentido, la sentencia del TC recoge estos argumentos y señala expresamente que la violencia doméstica y sexual del caso en comento es una vulneración de derechos humanos, ante ello, el Estado de Chile tiene una obligación de garantía⁵⁸, y, a partir de ella, se debe actuar con la debida diligencia⁵⁹.

El Tribunal resuelve por acoger el requerimiento de inaplicabilidad luego de contrastar el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal con la normativa internacional ni la constitucional, y señala que la investigación en el caso en comento no cumplió con las exigencias de un procedimiento racional y justo y careció de perspectiva de género, *lo que perjudicó la investigación penal*. Sin embargo, el TC también repara en las deficiencias que identifica respecto de otros deberes del Ministerio Público en tanto órgano del Estado y por tanto en posición de garante de los derechos humanos de las mujeres, como era el iniciar una investigación administrativa para efectos de determinar si era procedente aplicar alguna sanción disciplinaria en contra del funcionario, o incluso que este no continuara trabajando con víctimas de violencia de género mientras se esclarecían los hechos de la investigación⁶⁰.

En una sentencia de similar razonamiento, el 11 de octubre de 2023 el TC acogió un requerimiento de inaplicabilidad también por el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal. En su considerando décimo, el TC nuevamente identifica los delitos de violencia sexual y de violencia intrafamiliar como constitutivos de violencia de género. Sumado a lo anterior, utiliza las normas de derecho internacional como parámetro de los estándares debidos durante una investigación penal —además de la Constitución—⁶¹.

⁵⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), 2017, párr. 1.

⁵⁷ Corte IDH, 30 de agosto de 2010, párr. 118.

⁵⁸ Tribunal Constitucional, 15 de septiembre de 2022, rol 13.011-22, considerando décimo octavo.

⁵⁹ Considerando vigésimo primero.

⁶⁰ Considerando trigésimo primero.

⁶¹ Tribunal Constitucional, 11 de octubre de 2023, rol 13.783-22, considerando décimo.

En este caso el Tribunal reconoce explícitamente que la violencia sexual, al tratarse de una expresión de la violencia de género, es un problema de derechos humanos⁶².

Luego, el Tribunal se refiere al principio de objetividad en la persecución penal, el que, en la etapa de investigación, señala que se verificará en tanto la investigación se realice sin sesgos de género. En este sentido, se refiere a la garantía del debido proceso del artículo 19 N° 3 de la Constitución, la que debe ser a la luz de los estándares de derechos humanos de las mujeres. Asimismo, el TC reconoce la existencia de asimetrías en el acceso a la justicia que perjudican a ciertos grupos de la sociedad, dentro de estas se encuentran las mujeres. Sostiene que, para realizar y actualizar la igualdad, se debe atender a las diferencias entre las partes que buscan acceder a la justicia⁶³. Esto último resulta del todo interesante, ya que se opone directamente a la idea liberal tradicional de asumir las partes en un juicio o procedimiento como iguales, sin reparar en sus características personales. La postura que asume el TC es aquella que busca remover el velo con el que opera la justicia cuando ignora las diferencias y condicionantes estructurales y culturales existentes, con el fin de reconocer los sesgos o estereotipos que pueden empañar la obtención de justicia.

La sentencia en comento reconstruye el deber de investigar sin sesgos de género mediante los estándares internacionales de derechos humanos de las mujeres⁶⁴. Para esto, comienza por reconocer que los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos son parte del ordenamiento jurídico nacional, a partir de lo dispuesto en el inciso segundo artículo 5° de la Constitución, en los que destaca la CEDAW y la Convención Belém do Pará⁶⁵. El TC resalta tres obligaciones estatales clave del artículo 7 de la Convención Belém do Pará: evitar la violencia y asegurar que autoridades y agentes actúen acorde con esta obligación; ejercer la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar dicha violencia; y proporcionar procedimientos legales justos y eficaces para las víctimas, incluyendo medidas de protección y acceso a un juicio oportuno⁶⁶.

Sumado a lo anterior, se refiere a la obligación de los Estados de garantizar una vida libre de violencia de género del artículo 4 de la Convención recién citada, en relación con el efectivo acceso a la justicia de las víctimas, *lo que incluye el deber de investigar hechos potencialmente constitutivos de este tipo de delitos. Dicho deber de investigar, presente cada vez que existan hechos que puedan revestir el carácter de delito, aparece como exigencia reforzada cuando es un caso de violencia contra la mujer*⁶⁷.

Para sustentar su argumento, el TC recurre al razonamiento de la Corte IDH en el caso “Campo Algodonero”, según este, el deber de investigar cuando una mujer sufre maltrato, afectación a su libertad personal o la muerte, en un contexto general de

⁶² Considerando vigésimo primero.

⁶³ Considerando décimo cuarto.

⁶⁴ Considerandos vigésimo segundo a vigésimo cuarto.

⁶⁵ Considerando vigésimo segundo.

⁶⁶ Tribunal Constitucional, 11 de octubre de 2023, rol 13.783-22, considerando vigésimo tercero.

⁶⁷ Considerando vigésimo cuarto.

violencia contra las mujeres, adquiere alcances adicionales, es decir, se transforma en una obligación reforzada⁶⁸.

Otro aspecto que relevar es que en el caso los hechos denunciados tuvieron lugar en la Reserva Nacional Río de los Cipreses, administrada por la Corporación Nacional Forestal y tanto la víctima como uno de los denunciados eran trabajadores de dicha institución. Por eso, respecto del deber de investigar con la debida diligencia en casos que involucran a entidades que ejercen funciones públicas, la sentencia en comento reafirma lo sostenido en la Sentencia Rol 13.011-2022 respecto de que el Estado tiene un deber más estricto de investigar y sancionar las vulneraciones de derechos humanos cuando estas se puedan atribuir a agentes del Estado, debido a su posición de garante⁶⁹.

De esta forma, el TC incorpora, de forma implícita, la debida diligencia *reforzada* en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres. Este estándar se reconoció por la Corte IDH, por ejemplo, en el caso Rosendo Cantú y otra contra México, donde argumentó que, ante situaciones de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se ven ampliadas y fortalecidas por las estipulaciones de un tratado específico interamericano, la Convención de Belém do Pará, para los Estados Parte.⁷⁰

CONCLUSIONES

La comprensión de la hermenéutica constitucional como una herramienta esencial para la garantía de la igualdad tanto como de los derechos fundamentales subraya la importancia crítica de integrar la perspectiva de género dentro de este proceso interpretativo. La omisión de esta perspectiva no solo genera un vacío interpretativo, sino que también conlleva a una deficiencia sustantiva en la protección y realización de los derechos, particularmente aquellos concernientes a las mujeres. Este vacío interpretativo se traduce en una limitación en la capacidad del marco jurídico constitucional para abordar y remediar de manera efectiva las desigualdades de género intrínsecas al sistema jurídico y social. En consecuencia, la ausencia de una interpretación constitucional que incorpore explícitamente la perspectiva de género contribuye a perpetuar estructuras de poder desiguales y obstaculiza el logro de la igualdad sustantiva entre los géneros.

En la evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional de Chile respecto a la igualdad de género, se observa una tímida transición, no sin vaivenes, desde sus inicios con una perspectiva más restrictiva hacia una interpretación y aplicación de la Constitución que reconoce y prioriza los derechos de las mujeres bajo el marco de los estándares internacionales. Se destacan las sentencias recientes acerca del control posterior de constitucionalidad en las que el Tribunal ha integrado la perspectiva de género, marcando un precedente importante en la jurisprudencia constitucional nacional.

⁶⁸ Corte IDH, 16 de noviembre de 2009, párrafo 293.

⁶⁹ Tribunal Constitucional, 11 de octubre de 2023, rol 13.783-22, considerandos vigésimo sexto y vigésimo noveno.

⁷⁰ Corte IDH, 31 de agosto de 2010, párr. 177.

Además, este análisis permite comenzar a reflexionar respecto de la hermenéutica constitucional con perspectiva de género, enfatizando cómo este enfoque representa una crítica sustancial al paradigma interpretativo tradicional. Esta crítica no solo cuestiona las normas existentes, sino que propone una expansión del marco interpretativo para abarcar una comprensión más inclusiva del derecho constitucional, que contempla de manera explícita la igualdad de género como un valor inherente a la justicia constitucional.

Por otro lado, la incorporación del Constitucionalismo Feminista en el análisis referente al rol del Tribunal Constitucional resalta la importancia de identificar y cuestionar las estructuras patriarcales que subyacen en los textos y prácticas constitucionales. Este enfoque no se limita a la crítica, sino que avanza proponiendo alternativas interpretativas que buscan garantizar la igualdad sustantiva y la justicia de género, redefiniendo así los contornos de la aplicación del derecho desde una óptica que prioriza la igualdad.

BIBLIOGRAFÍA

- BAINES, Beverley, and Ruth Rubio-Marin, 2005: "Introduction: Toward a Feminist Constitutional Agenda", en *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, pp. 1-21.
- BAINES, Beverley, Daphne Barak-Erez, and Tsvi Kahana. 2012. "The Idea and Practice of Feminist Constitutionalism", en Beverley Baines, Daphne Barak-Erez, y Tsvi Kahana (editores), *Feminist Constitutionalism: Global Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1-14.
- BARAK-ÉREZ, Daphne, 2012: "Her-Meneutics: Feminism and Interpretation", en Beverley Baines, Daphne Barak-Erez, y Tsvi Kahana (editores), *Feminist Constitutionalism: Global Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 85-97.
- BARTLETT, K. T., 1990: "Feminist Legal Method". *Harvard Law Review*, volumen 103, N° 4, pp. 829-888.
- BUSCH, Tania, 2006: "Aproximaciones al Fundamento de la Jurisdiccionalidad del Control Constitucional". *Derecho y Humanidades*, N° 12, pp. 267-80.
- CASAS, Lidia y González, Juan Pablo, 2012: "Estereotipos de género en sentencias del Tribunal Constitucional", en Javier Couso (editor), *Anuario de Derecho Público 2012*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 250-272.
- COLOMBO Campbell, Juan, 2002: *Relaciones entre la jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria*, Santiago, Publicaciones Tribunal Constitucional de Chile.
- CORTE Suprema de Justicia, 2018: *Política de igualdad de género y no discriminación del Poder Judicial chileno*.
- COOK, Rebecca J., and Simone Cusack, 2010: *Gender Stereotyping*. University of Pennsylvania Press.
- FACIO, Alda y Fries, Lorena, 1999: *Género y Derecho*. Washington D.C.; Santiago; American University, Washington Collee of law: LOM ediciones: La Morada.
- GINSBURG, Ruth Bader, 1975: "Gender and the Constitution", *University of Cincinnati Law Review*, volumen 44, N° 1, pp. 1-42.
- LATHROP, Fabiola, 2017: "Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia Chileno", *Estudios Constitucionales*, volumen 15, N° 1, pp. 329-372.
- MACKINNON, Catharine, 2011: "Foreword", en Beverley Baines, Daphne Barak-Erez, y Tsvi Kahana (editores), *Feminist Constitutionalism: Global Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. ix-xii.

- MACKINNON, Catharine, 2012: "Gender in Constitutions", en Michel Rosenfeld y Andrés Sajó (editors), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, pp. 397-416.
- PATEMAN, Carole, 1995: *El Contrato Sexual*. Universidad Autónoma Metropolitana. Barcelona, Anthropos.
- SILVA, María Pía, 2021: "El derecho de las mujeres a no ser discriminadas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Estefanía Esparza-Reyes y Sandra Ponce de León (editoras), *Mujeres y derecho público*, Santiago, Tirant lo Blanch, pp. 27-38.
- COMITÉ para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), 2017: *Recomendación general Nº 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19*, CEDAW/C/GC/35.
- SECRETARÍA Técnica Igualdad de Género y no discriminación del Poder Judicial, 2018: *Cuaderno Buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*.
- WALKER, Leonore, 2016: *The battered woman syndrome*. Springer Publishing Company.
- WILLIAMS, Juliet, 2016: "Feminist Jurisprudence", en Lisa Disch y Mary Hawkesworth (editoras) *The Oxford Handbook of Feminist Theory*, Oxford University Press, pp. 247-257.
- ZÚÑIGA, Yanira, 2021: "Familia y heteronormatividad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC rol Nº 7774-2019", en Viviana Ponce de León y Pablo Soto Delgado (editores), *El Tribunal Constitucional frente al proceso constituyente. Ensayos críticos sobre su jurisprudencia y sus prácticas*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, pp. 93-108.
- VILLAVICENCIO, Luis, y Yanira Zúñiga, 2022: "El Caso de La 'Ley Pascua'. Un Enfoque Más Allá Del Todo o Nada". *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXXV, Nº 1, pp. 167-189.

Normas jurídicas

- LEY 21.367, que Suprime la causal de conducta homosexual en el divorcio por culpa, publicada el 16 de agosto de 2021.
- LEY 21.400, que Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo, publicada el 10 de diciembre de 2021.

Jurisprudencia

- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inconstitucionalidad de 18 de abril de 2008, rol 740-08.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inaplicabilidad de 6 de agosto de 2010, rol 1710-10.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inconstitucionalidad de 28 de agosto de 2017, rol 3729-17.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inconstitucionalidad de 18 de enero de 2019, rol 5572-18.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inaplicabilidad de 6 de noviembre de 2020, rol 7774-19.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inaplicabilidad de 29 de enero de 2021, rol 8792-20.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inaplicabilidad de 27 de abril de 2021, rol 8851-20.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inconstitucionalidad de 5 de abril de 2022, rol 12415-21.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inaplicabilidad de 15 de septiembre de 2022, rol 13011-22.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inaplicabilidad de 11 de octubre de 2023, rol 13783-22.
- CORTE IDH, Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- CORTE IDH, Caso Boyce y otros *vs.* Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007.
- CORTE IDH, Caso González y otras *vs.* México, sentencia del 16 de noviembre de 2009.
- CORTE IDH, Caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México, sentencia de 31 de agosto de 2010.
- CORTE IDH, Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010.

CASO Atala Riffo e hijas *vs.* Chile, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2011.

CORTE IDH, Caso Bedoya Lima y otra *vs.* Colombia, sentencia de 26 de agosto de 2021.

CORTE IDH, Caso Vera Rojas *vs.* Chile, sentencia de 1 de octubre de 2021.

