

# IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ  
DI SIENA  
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 30 - dicembre 2024

JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.  
APRENDIENDO DE AMÉRICA LATINA



# IANUS

**Diritto e Finanza**

**N. 30 - 2024**

**Ianus - Diritto e finanza**

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 30 - dicembre 2024

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805

## INDICE

### JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. APRENDIENDO DE AMÉRICA LATINA

Presentación, di TANIA GROPPY Y IRENE SPIGNO .....	5
La perspectiva de género en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la construcción de la vocación transformadora de la reparación del daño en los casos de violencia en contra de las mujeres en México, di IRENE SPIGNO .....	11
Juzgando con perspectiva de género en asuntos electorales en México, di MÓNICA ARALÍ SOTO FREGOSO .....	37
Los derechos de las mujeres ante el Tribunal Constitucional chileno, di TANIA BUSCH VENTHUR .....	57
El cuidado en las decisiones de la Corte constitucional del Ecuador: aplicación de la perspectiva de género en la interpretación judicial, 2008-2023, di CATALINA MENDOZA ESKOLA .....	81
La lucha por la inclusión de la perspectiva de género en la aún justicia patriarcal colombiana. Cuatro casos emblemáticos, di LILIANA ESTUPIÑÁN-ACHURY Y ANA LUCÍA CALDAS .....	117
La valoración procesal del estereotipo de género en los casos de violencia sexual, di LUIS EFRÉN RÍOS VEGA .....	149

### ALTRI SAGGI

Originalità e prova dell'esistenza del software ai fini <i>Patent Box</i> , di FEDERICO DI SILVESTRE .....	167
La bancassurance au Maroc. Une évolution ou révolution depuis l'avènement du Code des assurances: analyse juridico-technique de 2008 a 2022, di HICHAM RAHAL .....	181



## PRESENTACIÓN\*

El presente número de *Ianus*, coordinado por Tania Groppi e Irene Spigno, analiza la aplicación de la perspectiva de género en la argumentación judicial en distintos países de América Latina, tanto en el marco de la adjudicación constitucional por parte de tribunales y cortes constitucionales, como en materia penal, en especial en casos de violencia sexual.

La importancia del tema tratado en esta edición de la revista es evidente. Las mujeres enfrentan numerosas dificultades. A pesar de los importantes avances a nivel internacional, regional y nacional en la materia, aún en pleno siglo XXI, las mujeres viven una realidad de discriminación y violencia, principalmente por el hecho de *ser mujeres*.

Se trata de una realidad que es el resultado de una construcción histórica por parte de sociedades mayoritariamente patriarcales, que han fomentado estructuras de poder en las que las mujeres fueron relegadas a posiciones de desventaja.

A pesar de las diferencias que se pueden registrar entre los distintos países del mundo, las mujeres enfrentan dificultades en cualquier lugar. Sin embargo, existen contextos geográficos en los que la situación de las mujeres es especialmente crítica: este es el caso de América Latina.

América Latina (junto con el Caribe) se caracteriza por una desigualdad económica y social profunda y estructural. En los países que conforman la región, el principal problema no es la pobreza, sino la desigualdad, particularmente en la distribución de la riqueza y de los ingresos, que afecta de manera distinta a hombres y mujeres. Además, la desigualdad guarda una estrecha relación causal con la violencia generalizada en muchos ámbitos de la sociedad, que incluye la violencia contra de las mujeres.

¿Será una coincidencia que América Latina y el Caribe estén entre las regiones más desiguales, violentas e inseguras fuera de zonas de guerra? No, no es una coincidencia. Tampoco sorprende que una de las regiones más desiguales del mundo sea también especialmente peligrosa para las mujeres.

Sin embargo, en las últimas décadas, el tema de la violencia de género ha ganado visibilidad progresivamente, situándose al centro de la agenda pública en muchos países de América Latina. El poder judicial no es una excepción. En este sentido, se han desarrollado diversos instrumentos normativos, como códigos de buenas prácticas, guías, observatorios y protocolos, para incorporar la perspectiva de género en la argumentación judicial.

La perspectiva de género es una herramienta metodológica de análisis que permite a las personas juzgadas abordar y resolver los casos a su cargo, a

---

\* Il fascicolo è stato realizzato nell'ambito del Jean Monnet Module EUGENIA - European Union against Gender Inequality Action, coordinator Prof. Tania Groppi.

través de la identificación de las barreras que dificultan el ejercicio igualitario de los derechos de las mujeres, por ejemplo, en casos de mujeres víctimas de violencia por razones de género.

La aplicación de esta herramienta es clave para que las personas juzgadoras interpreten y apliquen el derecho, rompiendo patrones que perpetúan las discriminaciones por razones de género y respeten el principio de igualdad, conforme a las normas nacionales e internacionales aplicables.

La incorporación de una perspectiva de género en la interpretación en América latina debe considerarse a la luz de la desigualdad estructural de la región y en el marco del “constitucionalismo transformador”, que destaca el papel transformador de los intérpretes judiciales frente a la injusticia y la desigualdad. Así, en muchos países, surge un activismo judicial basado en una interpretación teleológica y de principios, que utiliza la proporcionalidad y considera los contextos facticos más allá del texto de las normas jurídicas.

Esta interpretación se aleja de la tradicional iconografía de la “justicia vendada”: los jueces observan la realidad y esta mirada se incorpora en su interpretación del derecho. La Corte Interamericana de Derechos Humanos lidera esta tendencia hacia un protagonismo judicial, y supera lo realizado por la Corte de Estrasburgo, que adopta una perspectiva transformadora y valora especialmente los contextos de violación sistemática de derechos humanos.

El objetivo de este número de la revista *Ianus* es compilar algunas de las principales experiencias desarrolladas en América Latina sobre la aplicación de la perspectiva de género en la argumentación judicial. Las contribuciones que se presentan se articulan como sigue.

En primer lugar, Irene Spigno analiza cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una robusta jurisprudencia sobre diversos aspectos de la violencia de género, como la interpretación de la expresión «otra condición social» del artículo 1 de la CADH con enfoque de género, la visibilización de la cultura de discriminación contra las mujeres a través de roles y estereotipos de género, los derechos sexuales y reproductivos, la tortura y la esclavitud sexual, entre otros. Este texto pone especial énfasis a la jurisprudencia desarrollada a partir de la decisión adoptada en 2009 en el caso *González y otras (“Campo algodonero”) vs. México*, con un enfoque particular en la vocación transformadora de las medidas de reparación con perspectiva de género.

Posteriormente, se analizan algunas experiencias nacionales. El texto de Mónica Arali Soto Fregoso, titulado “Juzgando con perspectiva de género en asuntos electorales en México”, analiza el camino hacia la paridad de género y los avances y desafíos en la justicia electoral en México, con un enfoque particular en la metodología adoptada por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Destaca la importancia de juzgar con perspectiva de género mediante el análisis de los criterios judiciales más relevantes emitidos este Tribunal, los desafíos persistentes y las lecciones aprendidas al implementar

la perspectiva de género para emitir sentencias progresivas y mejorar el acceso a la justicia para las mujeres.

Sigue el texto sobre “Los derechos de las mujeres ante el Tribunal Constitucional chileno”, en el que Tania Busch Venthur describe la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en materia de derechos de las mujeres, y analiza las sentencias constitucionales que han incorporado progresivamente la perspectiva de género. El texto destaca cómo este giro interpretativo es posterior a procesos sociales de discusión constitucional, donde los movimientos de mujeres tuvieron un papel protagónico, y coincide con la incorporación de mujeres en la composición del tribunal. Además, la incorporación de la perspectiva de género mediante instrumentos internacionales en el control de constitucionalidad marca una clara ruptura con el rol conservador, e incluso hostil, que durante décadas caracterizó al Tribunal Constitucional chileno respecto de los derechos de las mujeres.

Catalina Mendoza Eskola, en el artículo “El cuidado en las decisiones de la Corte Constitucional del Ecuador: aplicación de la perspectiva de género en la interpretación judicial, 2008-2023”, analiza cómo el derecho al cuidado se ha incorporado progresivamente en la agenda normativa y de políticas públicas de América Latina, siendo la Constitución del Ecuador de 2008 una manifestación de esta tendencia. Es una investigación desarrollada cualitativa basada en sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana emitidas entre 2008 y 2023 sobre políticas de cuidado. El objetivo de este análisis es identificar el uso implícito y/o explícito de conceptos que reflejan avances y continuidades en este ámbito, destacando avances significativos y limitaciones en la incorporación de la perspectiva de género en la interpretación judicial de la Corte. Aunque reconoce que las desigualdades en el trabajo de cuidado afectan principalmente a las mujeres y refuerzan roles tradicionales, no propone siempre medidas concretas para redistribuir estas responsabilidades ni abordar las condiciones de quienes desempeñan estas labores.

Liliana Estupiñán-Achury y Ana Lucía Caldas analizan la lucha por la inclusión de la perspectiva de género en la justicia constitucional colombiana, a través del análisis de cuatro casos emblemáticos, que destacan cómo, a pesar del largo camino “feminista” recorrido en Colombia desde la Constitución de 1991, aún queda mucho por hacer para consolidar los derechos de las mujeres y alcanzar una igualdad de género real.

Finalmente, el texto de Luis Efrén Ríos Vega analiza la valoración procesal del estereotipo de género en los casos de violencia sexual y destaca la necesidad de elaborar mecanismos idóneos que permitan a las personas juzgadoras identificar estereotipos en la valoración de las pruebas de delitos sexuales, especialmente en el contexto actual de violencia que enfrentan las mujeres. Los sistemas de justicia tienden a estigmatizar a las víctimas desde la etapa de investigación, al cuestionar su credibilidad y perpetuar creencias culturales que perpetúan la violencia sexual contra las mujeres.

A pesar de las limitaciones y áreas de oportunidad que persisten en la región, el estudio y análisis de las experiencias latinoamericanas pueden ofrecer lecciones relevantes para Europa, donde la aplicación de la perspectiva de género aún encuentra resistencias normativas y culturales, que perpetúan la neutralidad de género en el derecho y su aplicación.

Queremos agradecer a todas las personas autoras y estamos seguras de que el diálogo entre América Latina y Europa que se abre con este número continuará en el futuro, ya sea aquí o en otros espacios.

Finalmente, en la sección de "Altri saggi", contamos con dos ensayos más. El primero, de autoría de Federico Di Silvestre, se concentra sobre las principales características y los desafíos planteado por el software con finalidad de Patent Box. Se trata de un mecanismo que permite, a las empresas que desarrollan softwares, conseguir descuentos fiscales. El segundo, escrito por Hicham Rahal, es una hoja de ruta que traza los contornos de la bancaseguros en Marruecos, su evolución, las disposiciones legales que enmarcan esta forma de presentar las operaciones de seguros, los diferentes actores en este campo que restringen la distribución a los bancos, compañías financieras, asociaciones de microcrédito e instituciones de pago.

Tania Groppi - Irene Spigno  
Siena-Salttillo, 16 de enero 2025.

**JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.  
APRENDIENDO DE AMÉRICA LATINA**



# LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: LA CONSTRUCCIÓN DE LA VOCACIÓN TRANSFORMADORA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN LOS CASOS DE VIOLENCIA EN CONTRA DE LAS MUJERES EN MÉXICO<sup>o\*</sup>

**Irene Spigno**

*Directora General y Profesora de la Academia Interamericana de Derechos Humanos  
Universidad Autónoma de Coahuila*

*El texto analiza la vocación transformadora de la jurisprudencia interamericana en materia de reparación del daño en los casos de violencia en contra de las mujeres, con atención particular en aquellas medidas con vocación transformadora, cuya finalidad es enfrentar la discriminación estructural que sufren las mujeres. En particular, el texto se concentra en las medidas de reparación de carácter estructural con perspectiva de género que la Corte IDH ha ordenado al Estado mexicano.*

*Il testo analizza la vocazione trasformatrice della giurisprudenza interamericana in materia di riparazione del danno nei casi di violenza di genere contro le donne, concentrandosi in particolare su quelle misure dirette ad incidere sulla situazione di discriminazione strutturale che le donne subiscono nella regione. In particolare, il testo si concentra sulle misure di riparazione di tipo strutturale con una prospettiva di genere che il giudice interamericano ha adottato nelle sentenze contro il Messico.*

*The text analyzes the transformative vocation of Inter-American case law on reparation in cases of gender violence against women, focusing on those measures aimed at changing the situation of structural discrimination that women suffer in the region. In particular, the text focuses on the structural reparation measures with a gender perspective that the Inter-American judge has dictated against Mexico.*

## **Sumario:**

1. El largo camino hacia la incorporación de la perspectiva de género en el sistema interamericano de protección de derechos humanos
2. ¿Vocación o fuerza transformadora?
3. Sobre la necesidad de reparar el daño con perspectiva de género
4. Características de las medidas reparatorias estructurales con perspectiva de género en la jurisprudencia de la Corte IDH
5. ¿México cumple las medidas reparatorias de tipo estructural con perspectiva de género?
6. Reflexiones finales

---

<sup>o</sup> Ensayo sometido a revisión por pares doble ciego.

\* Quisiera agradecer a Fernando Gustavo Ruz Dueñas, investigador adscrito al Centro de Estudios Constitucionales Comparados de la Academia Interamericana de Derechos Humanos, por el trabajo de revisión del presente texto y por el fructífero intercambio de ideas que hemos tenido en varias ocasiones sobre el tema de las reparaciones a violaciones graves a derechos humanos con perspectiva de género.

## 1. El largo camino hacia la incorporación de la perspectiva de género en el sistema interamericano de protección de derechos humanos

Todavía en el siglo XXI, después de siglos de lucha para la protección y garantía de los derechos de las mujeres, vivimos en un mundo en el que la violencia por razón de género (especialmente contra las mujeres) constituye una de las violaciones más graves a derechos humanos<sup>1</sup>.

A pesar de que se trata de una problemática cuyas raíces tienen orígenes históricos bastante lejanos, su visibilización por parte de los Estados y la comunidad internacional, es bastante reciente.

En particular, los primeros pasos de la sociedad internacional hacia la promoción y protección de los derechos fundamentales de las mujeres empezaron a darse a mitad de los años Setenta del siglo pasado. Estos primeros intentos fueron impulsados por unas ciertas teorías feministas<sup>2</sup> interesadas en visibilizar la apremiante necesidad de construir mecanismos de garantía específicos de los derechos de las mujeres en el espacio internacional. Estos esfuerzos tardaron alrededor de una década para materializarse y se tradujeron, en 1979, en la adopción del primer documento internacional vinculante sobre esta temática: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>3</sup>.

Sin embargo, sabemos que los instrumentos normativos, por si solos, no tienen la fuerza suficiente para transformar realidades ya que son necesarios, pero no suficientes, para garantizar la protección efectiva de los derechos de las personas. Con referencia a los derechos de las mujeres, inmediatamente se hizo patente la necesidad de un *quid pluris*, identificado pronto en la *transversalización de la perspectiva de género*. El objetivo de este mecanismo consistía en integrar el reconocimiento de las diferencias de género en la interpretación y aplicación de todos los documentos internacionales sobre derechos humanos, para valorar las distinciones entre hombres y mujeres.

A partir del reconocimiento de esta necesidad, el principio de la *transversalización de la perspectiva de género* se fue incorporando en distintos documentos internacionales: en 1993, en la Declaración y Programa de Acción de Viena, se introdujo el principio según el cual la «igualdad de condición de la mujer y sus derechos humanos deben integrarse en las principales actividades de todo el sistema de las Naciones Unidas [y que t]odos los órganos y mecanismos pertinentes de las Naciones Unidas deben tratar estas cuestiones en forma

---

<sup>1</sup> ONU MUJERES, *Un marco de apoyo a la prevención la violencia contra la mujer*, Nueva York, 2015, 4 s.

<sup>2</sup> LACEY, *Feminist Legal Theory and the Rights of Women*, en KNOP (ed.), *Gender and Human Rights*, Oxford, 2004, 13-56.

<sup>3</sup> CEDAW por su siglas en inglés *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, 1979.

periódica y sistemática»<sup>4</sup>. Posteriormente, este criterio fue reiterado en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en 1995 en Beijing, durante la cual se llamó la atención sobre la necesidad de una “inclusión activa y visible” del enfoque de género en todas las políticas y programas de las Naciones Unidas<sup>5</sup>.

Al igual que la comunidad internacional de protección de derechos humanos, también el sistema interamericano de protección de derechos humanos empezó a materializar su compromiso hacia la protección de los derechos de las mujeres, a partir de los años Noventa del siglo pasado con la adopción, como se verá a continuación, de importantes documentos internacionales así como de la adopción de relevantes decisiones sobre la materia tanto por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) así como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH)<sup>6</sup>.

Sin embargo, los importantes resultados conseguidos en el continente americano a finales del siglo pasado encontraron un terreno fértil gracias a los primeros esfuerzos de cooperación intergubernamental realizados en el área desde inicio del siglo XX, que ya en 1928, durante la Sexta Conferencia Internacional Americana y gracias a la presión ejercida por movimientos de mujeres activos, llevaron a la creación de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM).

La labor de la CIM materializó su objetivo y finalidad de asegurar el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de las mujeres en la adopción de varios instrumentos internacionales. En particular, se quiere destacar la adopción, en 1994, de lo que se considera el primer documento internacional sobre la eliminación de la violencia de género<sup>7</sup>: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)<sup>8</sup>.

En el mismo año, en 1994, la CIDH creó la Relatoría Especial sobre los Derechos de las Mujeres, cuya finalidad consiste en observar si las leyes y prácticas de los Estados de la Organización de Estados Americanos en temas de género corresponden a las obligaciones indicadas en la Convención Americana

---

<sup>4</sup> La Declaración y Programa de Acción de Viena fueron aprobados durante la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos que se llevó a cabo en la homónima ciudad en 1993 [A/CONF.157/23, párrs. 37 y 38].

<sup>5</sup> Sobre estos aspectos véase TRAMONTANA, *Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José*, en *Revista IIDH*, 53, 2011, 141-181.

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> Sobre la historia y el trabajo realizado por la Comisión Interamericana de Mujeres véanse los siguientes documentos: CIM, *Historia de la Comisión Interamericana de Mujeres: 1928-1997*, Washington DC, 1990; y ID, *Un siglo de luchas por los derechos de la mujer en las Américas: la CIM conquista lo prometido*, Washington, 1995. TRAMONTANA, *Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano*, cit., 147-148.

<sup>8</sup> Entre los otros documentos internacionales que se han adoptado gracias al impulso de la CIM se señalan: la Convención Interamericana sobre la Nacionalidad de la Mujer (1933), la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (1948) y la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer (1948).

sobre Derechos Humanos (en adelante CADH). La creación de la Relatoría ha permitido a la CIDH ir desarrollando un sistema permanente de control de las actividades de los Estados en sus informes anuales. Al mismo tiempo, se ha pronunciado respecto a muchas situaciones de discriminación por razón de sexo y de violencia de género<sup>9</sup>.

En este contexto, la Corte IDH ha recibido los primeros casos que involucraban cuestiones de género a partir de los primeros años del siglo XXI: así, el juez interamericano se ha pronunciado por primera vez sobre este tema solo hasta el 2006, con la sentencia del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*<sup>10</sup>.

Sin embargo, y a partir de este momento, la Corte ha ido desarrollando una robusta jurisprudencia sobre distintas aristas de la violencia de género contra las mujeres. Entre los temas más importantes se destacan la interpretación de la expresión «otra condición social» prevista en el artículo 1 de la CADH con enfoque de género<sup>11</sup>, la visibilización de la cultura de discriminación contra las mujeres a través de los roles de género que se les asignan y de los estereotipos que se siguen reproduciendo<sup>12</sup>, los derechos sexuales y reproductivos<sup>13</sup>, la tortura y la

---

<sup>9</sup> Cfr. TRAMONTANA, *Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano*, cit., 150 ss.

<sup>10</sup> Antes del *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, la Corte IDH se había pronunciado sobre los derechos de las mujeres solo en el ejercicio de su competencia consultiva, en este sentido v. Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, OC-4/84 de 19 de enero de 1984 y Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, OC-18/03 de 17 septiembre de 2003, en la que había consagrado el principio de igualdad y de no discriminación entre hombres y mujeres como principios de *jus cogens*. Sobre las *ocasiones perdidas* de la Corte IDH para empezar a desarrollar en su jurisprudencia la perspectiva de género se señalan los casos: *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Fondo*, sentencia de 8 de diciembre de 1995; *Loazya Tamayo vs. Perú. Fondo*, sentencia de 17 de septiembre de 1997; y *Maritza Urrutia vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costa*, sentencia de 27 de noviembre de 2003. Véanse también: TRAMONTANA, *Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano*, cit., 158-159; y PALACIOS ZULOAGA, *The Path to Gender Justice in the Inter-American Court of Human Rights*, en *Texas Journal of Women and the Law*, 17, 2, 2004, 227-295.

<sup>11</sup> Véase en este sentido la Opinión Consultiva sobre *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.

<sup>12</sup> En este sentido, además de las decisiones del *Caso González y otras (“Campo algodón”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 16 de noviembre de 2009 y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 31 de agosto de 2010, véase también el *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 19 de mayo de 2014.

<sup>13</sup> Véanse *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*, sentencia de 24 de febrero de 2011 y *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 28 de noviembre de 2012.

esclavitud sexual<sup>14</sup>, entre otros<sup>15</sup>.

En el presente texto se quiere hacer particular énfasis a la jurisprudencia desarrollada, a partir de la adopción, en 2009, de la decisión en el caso *González y otras* (“*Campo algodónero*”) vs. *México*<sup>16</sup>, en materia de reparaciones<sup>17</sup>. Esta sentencia es emblemática en muchos sentidos<sup>18</sup>; sin embargo, en lo que nos interesa para este trabajo, la Corte destacó la necesidad de que las reparaciones tuvieran una *vocación transformadora*, «de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo»<sup>19</sup>.

En este punto, deberíamos cuestionarnos un poco sobre si esta jurisprudencia está produciendo un efecto real y por consiguiente una real transformación del contexto de violencia y discriminación en el que viven las mujeres en la región. Este cuestionamiento podría traducirse en el interrogante: ¿la *vocación transformadora* de la Corte se traduce en un efecto transformador real e idóneo para mitigar la violencia contra las mujeres?

En el marco del contexto aquí descrito, el presente texto busca esbozar una respuesta a las preguntas arriba mencionadas, a partir de la experiencia mexicana. En el apartado II iremos un poco más a detalle a dentro de la función de la jurisprudencia de la jurisprudencia interamericana frente a la disyuntiva *vocación transformadora vs. fuerza transformadora*, tomando en consideración el tema de la violencia de género en México. Posteriormente, en el apartado III se analizarán las principales características teóricas y prácticas de las medidas de reparación con enfoque de género elaboradas por la Corte IDH en los casos de violencia de género. Nos concentraremos en aquellas medidas con *vocación transformadora*, es decir las que tienen como finalidad enfrentar la situación de discriminación

---

<sup>14</sup> Véanse las siguientes decisiones: *Caso López Soto y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 26 de septiembre de 2018; *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 28 de noviembre de 2018.

<sup>15</sup> Para una panorámica más completa véase, Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 4: Derechos Humanos de las Mujeres*, San José Costa Rica, 2021.

<sup>16</sup> Corte IDH, *Caso González y otras* (“*Campo algodónero*”) vs. *México*, *supra*, nota 12. Esta sentencia constituye uno de los referentes más importantes en el sistema interamericano en materia de violencia de género ya que representa el punto de partida para la Corte para consolidar los conceptos y la metodología de la perspectiva de género en la interpretación judicial, confirmándola como herramienta fundamental para evaluar las acciones que los Estados emprendan para reparar los daños y cumplir con sus obligaciones: en este sentido véase MEDINA ROSAS, *Campo Algodonero. Definiciones y retos ante el feminicidio en México*, en *Revista de Derechos Humanos-Dfensor*, 3, 2011, 6-11.

<sup>17</sup> Sobre la importancia de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de medidas reparatorias véanse: CASSEL, *The Expanding Scope and Impact of Reparations Awarded by the Inter-American Court of Human Rights*, en DE FEYTER *et al.* (eds.), *Out of the Ashes: Reparations for Gross Violations of Human Rights*, Antwerpen-Oxford, 2005, 191-223.

<sup>18</sup> Para un análisis de los distintos aspectos de la sentencia del *Caso González y otras* (“*Campo algodónero*”) vs. *México*, sea permitido reenviar a SPIGNO, *A diez años de la sentencia González y otras* (“*Campo Algodonero*”) vs. *México*, en RÍOS VEGA-SPIGNO (dirs.), *Estudios de casos líderes interamericanos. Vol. XXI. A diez años de la sentencia de “Campo Algodonero”: reflexiones sobre el desarrollo de la jurisprudencia interamericana en materia de violencia de género*, México, 2001, 3-21.

<sup>19</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso González y otras* (“*Campo algodónero*”) vs. *México*, *supra* nota 12, párr. 450.

estructural que sufren las mujeres (las medidas de satisfacción, las garantías de no repetición y el deber de investigar), dejando de lado las medidas orientadas a reparar exclusivamente el daño individual contra las víctimas del caso (como lo son las medidas de restitución, indemnización y rehabilitación).

A continuación, en el apartado IV, se analizarán las medidas de reparación de carácter estructural con perspectiva de género que la Corte IDH ha ordenado al Estado mexicano en los casos de violencia de género que han determinado su responsabilidad internacional frente a la Corte IDH. Reflexionaremos sobre el estatus de cumplimiento de dichas medidas (apartado V), para finalmente realizar algunas reflexiones finales (apartado VI).

## 2. ¿Vocación o fuerza transformadora?

En un contexto regional de graves violaciones a derechos humanos y de profunda violencia y discriminación hacia las mujeres, el juez interamericano quiere, mediante sus sentencias y las medidas de reparación que allí dicta, *transformar*, no solamente la situación específica de las víctimas (directas y de sus familiares) sino que también el contexto general y estructural de violencia contra las mujeres que se vive en la región y que, como destaca la misma Corte, tiene un fuerte impacto en la violación estructural que las mujeres sufren de sus derechos<sup>20</sup>.

Mediante este tipo de decisiones que reflejan una importante vocación transformadora del Tribunal de San José, el juez interamericano de alguna manera ha ido recuperando un poco el *tiempo perdido*, asumiendo la gran responsabilidad de ser un agente impulsor de una importante transformación de tipo estructural y abordando temáticas de gran relevancia y actualidad en el tema de violencia y discriminación en contra de las mujeres por razones de género, como es el caso de las mujeres privadas de la libertad<sup>21</sup>, mujeres trans<sup>22</sup>, violencia obstétrica y en el acceso a los derechos sexuales y reproductivos<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Sobre la vocación transformadora de la Corte IDH véanse PIOVESAN, *Constitucionalismo regional transformador en América Latina y el sistema interamericano de derechos humanos: impacto, potencialidades y desafíos*, en RÍOS VEGA-SPIGNO (dirs.), RUZ DUEÑAS (COORD.), *Estudios de casos líderes interamericanos. Vol. XX. La jurisprudencia interamericana más relevante de 2018 a debate*, México, 2021, 3-38; y VON BOGDANDY, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*, en *Revista Derecho del Estado*, 34, 2015, 3-50.

<sup>21</sup> Así en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, *supra*, nota 10.

<sup>22</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 26 de marzo de 2021.

<sup>23</sup> Se trata de las siguientes decisiones: Corte IDH, *Caso Manuela y otros vs. El Salvador*, sentencia de 2 de noviembre de 2021; *Caso Britez Arce y otros vs. Argentina*, sentencia de 16 de noviembre de 2022; *Caso María y otros vs. Argentina*, sentencia de 22 de agosto de 2023; *Caso Rodríguez Pacheco y otros vs. Venezuela*, sentencia de 1 de septiembre de 2023. Sobre la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de violencia obstétrica véanse: VALVERDE CAMAN-ESPIÑOZA AGUILAR, *La violencia obstétrica en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Lumen*, 17, 2, 2021, 360-371; GERBALDO, *Violencia obstétrica y derechos humanos: reflexiones en torno a la sentencia*

Por lo tanto, ¿la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de reparaciones con perspectiva de género se limita a tener una vocación transformadora o tiene una verdadera fuerza en este sentido? ¿Como podemos encontrar una respuesta a esta pregunta? Por un lado, podríamos observar los importantes avances institucionales, legislativos y constitucionales que se han dado en la región y concluiríamos que quizás sí, algo está cambiando. O podríamos buscar una solución observando la realidad y preguntarnos si todavía estamos viviendo en un contexto de violencia e inseguridad en América Latina: la respuesta que vamos a encontrar en esta segunda opción nos ofrece una panorámica muy desalentadora y alarmante.

De hecho, a pesar de los importantes avances a nivel internacional y en la región latinoamericana, que tienen que ver con la creación de instituciones y mecanismos de promoción y defensa de los derechos de las mujeres, los índices de violencia y discriminación por género revelan una realidad objetiva y sumamente preocupante<sup>24</sup>.

La situación de la violencia contra las mujeres por razón de género es muy grave en muchos países de la región. En el presente documento, nos concentraremos sobre el caso mexicano<sup>25</sup>, cuya gravedad se refleja también en la cantidad de veces en la que el Estado mexicano ha sido declarado internacionalmente responsable por la Corte de San José de Costa Rica: en este sentido, resulta importante destacar que, aunque México no pueda ser considerado como uno de los países más *condenados* por la Corte IDH, en el casi 40% de los casos se trata de responsabilidad internacional por casos de violencia contra las mujeres<sup>26</sup>.

---

*Brítez Arce y otros vs. Argentina, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Revista Derecho y Salud, 7, 8, 2023. 229-237 y STRADA, ¿Violencia obstétrica? Un caso más, en Revista Derecho y Salud, 7, 8, 2023, 239-253.*

<sup>24</sup> En realidad, el índice de violencia e inseguridad general en toda América Latina y el Caribe es entre los más altos del mundo fuera de las zonas de guerra. Véase en este sentido la información proporcionada en la lista de las 50 ciudades más violentas del mundo en 2023, publicado el 21 de febrero de 2014 y disponible en el siguiente enlace [http://geoenlace.net/seguridadjusticiaypaz/archivo/7a7399\\_f4484d750a.pdf](http://geoenlace.net/seguridadjusticiaypaz/archivo/7a7399_f4484d750a.pdf) (acceso 01.04.2024). Según esta lista, para el año 2023, 40 de las ciudades más violentas del mundo por número de homicidios se encuentran en América Latina.

<sup>25</sup> En México, solamente en 2022, se reportaron 3,757 asesinatos de mujeres. De estos, solamente una cuarta parte fueron considerados feminicidios, siendo este delito sigue siendo subreportado: véanse los datos reportados en HUMAN RIGHTS WATCH, *World Report 2024: Events of 2023-2024*, New York, 2024, 426-427 y OLVERA LEZAMA, *Feminicidio en México, la otra pandemia*, en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, 3, 11, 2020, 19-31. Sobre los derechos de las mujeres en México, *ex plurimis*, sea permitido reenviar a SPIGNO, *Gender Equality and Women's Rights in Mexico: From a 'Gendered Constitutional and Legislative Framework' to 'Pandemic' Violence against Women*, en SPIGNO-SCOTTI-LIMA PENALVA DA SILVA (eds.), *The Rights of Women in Comparative Constitutional Law*, London y New York, 2023, 151- 167.

<sup>26</sup> Desde 1998, cuando se reconoció la competencia de la Corte IDH, hasta la fecha (noviembre de 2024), México ha sido declarado responsable internacionalmente en 13 ocasiones. Sin embargo, el porcentaje de los casos de violencia de género es bastante alto, habiendo sido condenado cinco veces, es decir, en el casi 40% de los casos. Sobre la *presencia* de México ante la Corte IDH, ver RÍOS

México fue reconocido internacionalmente responsable en un caso de violencia de género por primera vez en el 2009 con la sentencia *González y otras* (“*Campo algodónero*”). En esa ocasión, la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado mexicano por acciones y omisiones en la desaparición y posterior muerte de tres jóvenes mujeres cuyos cuerpos fueron hallados en un campo algodónero de Ciudad Juárez el 6 de noviembre de 2001<sup>27</sup>.

Menos de un año después, México fue declarado internacionalmente responsable en los casos *Fernández Ortega y otros*<sup>28</sup> y *Rosendo Cantú y otra*<sup>29</sup>. Ambos se refieren a eventos que tuvieron lugar en el Estado de Guerrero en el año 2002. Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú son dos jóvenes mujeres indígenas *me’phaa*, quienes fueron víctimas de violencia sexual por parte de militares<sup>30</sup>.

Posteriormente, en 2018 México fue declarado internacionalmente responsable en el caso *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco*<sup>31</sup>, por la violencia sexual, violación y tortura cometidas en contra de once mujeres durante diversos operativos realizados por elementos municipales, estatales y federales en 2006, en San Salvador Atenco, Estado de México<sup>32</sup>.

VEGA-SPIGNO (dirs.), ROBLES GARZA-ROMÁN GONZÁLEZ (coords.), *Estudios de casos líderes interamericanos. Vol. XIII. México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: a 20 años de la aceptación de su competencia contenciosa*, México, 2020.

<sup>27</sup> Sobre el caso *González y otras* (“*Campo algodónero*”) vs. México, sea permitido reenviar a SPIGNO, “*González y otras* (“*Campo Algodonero*”) vs. *Estados Unidos Mexicanos* [2009]. *La obligación de garantizar, respetar y reparar derechos y libertades con perspectiva de género y el (in)cumplimiento del Estado mexicano*, en RÍOS VEGA-SPIGNO (dirs.), ROBLES GARZA-ROMÁN GONZÁLEZ (coords.), *supra* nota 26, 143-165.

<sup>28</sup> Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 30 de agosto de 2010.

<sup>29</sup> Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 31 de agosto de 2010.

<sup>30</sup> Los casos son de especial relevancia por ser los primeros en los que la Corte IDH califica la violación y la violencia sexual como tortura, además de analizar la interseccionalidad frente al tema de la discriminación examinando como interactúan distintas categorías en estos casos: género, raza, edad y pobreza. Sobre los casos véanse, respectivamente, MARTINÓN QUINTERO - WENCES, *Impunidad y violencia de género. El caso Fernández Ortega y otros vs. Estados Unidos Mexicanos [2010] de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en RÍOS VEGA-SPIGNO (dirs.), ROBLES GARZA-ROMÁN GONZÁLEZ (coords.), *supra* nota 26, 195-231; y ROBLES GARZA, *El cumplimiento por el Estado mexicano de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Rosendo Cantú y otra vs. Estados Unidos Mexicanos [2010]*, en RÍOS VEGA-SPIGNO (dirs.), ROBLES GARZA-ROMÁN GONZÁLEZ (coords.), *supra* nota 26, 233-271.

<sup>31</sup> Corte IDH, *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra* nota 14.

<sup>32</sup> Para un análisis de este caso se reenvía a FLORES FERNÁNDEZ et al., *Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. Estados Unidos Mexicanos [2018]*, en RÍOS VEGA-SPIGNO (dirs.), ROBLES GARZA-ROMÁN GONZÁLEZ (coords.), *supra* nota 26, 341-373. Sea permitido reenviar también a SPIGNO - RUZ, *Evolución de la jurisprudencia interamericana en materia de tortura sexual contra las mujeres: López Soto vs. Venezuela [2018] y Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. Estados Unidos Mexicanos [2018]*, en RÍOS VEGA - SPIGNO (dirs.), RUZ (coord.), *Estudios de casos líderes interamericanos. Vol. XX. La jurisprudencia interamericana más relevante de 2018 a debate*, México, 2021. Si bien aún no

Finalmente, en 2022, el juez interamericano reconoció al Estado mexicano internacionalmente responsable por las graves falencias en la investigación de la muerte de la defensora de derechos humanos Digna Ochoa<sup>33</sup>. Digna Ochoa fue privada de la vida el 19 de octubre de 2001, después de haber sido víctima de amenazas y violencias debido a su activismo en defensa de los derechos humanos. En este caso, una vez más, las autoridades de procuración de justicia mexicanas realizaron las investigaciones correspondientes sesgadas por la aplicación de estereotipos de género, en abierta violación a lo establecido en el *corpus iuris* normativo y jurisprudencial interamericano<sup>34</sup>.

Nos queda por lo tanto preguntarnos sobre cómo se debe de reparar con perspectiva de género.

### 3. Sobre la necesidad de reparar el daño con perspectiva de género

¿Es necesario incluir la perspectiva de género en la reparación del daño?

La respuesta a esta pregunta debe de ser afirmativa y encuentra su *ratio* en la perspectiva de los derechos humanos que ha ido enriqueciendo la concepción clásica de la reparación del daño.

Según un principio central y general de todas las disciplinas jurídicas, el sujeto responsable de la violación de una obligación legal tiene que reparar el daño provocado.

El mismo principio jurídico, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, impone a un Estado que haya tenido un comportamiento calificado como ilícito la obligación de reparar el daño. En el caso del derecho internacional público, las reparaciones se otorgan en favor del Estado en contra del cual fue cometido el hecho ilícito.

Desde 1928, con la resolución del caso *Factory at Chorzów*<sup>35</sup>, la Corte

---

se han configurado acciones materiales por parte del Estado en relación con esta sentencia, el caso sienta un importante precedente en el establecimiento de estándares internacionales relacionados con la tortura sexual a mujeres como herramienta de control social y represión y aporta en gran medida al contexto actual de discusión sobre la estrategia de seguridad en México.

<sup>33</sup> Véase Corte IDH, *Caso Digna Ochoa y familiares vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 25 de noviembre de 2021.

<sup>34</sup> BÓRQUEZ VILLAGRA, *Mujeres defensoras de derechos humanos y estereotipos de género ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Digna Ochoa vs. México (2021)*, en *Debates Jurídicos y Sociales*, 8, 2021, 165-176.

<sup>35</sup> La Corte Permanente de Justicia Internacional abordó el caso *Fábrica de Chorzów* (Alemania vs. Polonia) en su sentencia del 13 de septiembre de 1928. En esta controversia, Alemania presentó una demanda contra Polonia por los daños ocasionados cuando el gobierno polaco tomó control de una fábrica de nitrato ubicada en Chorzów. Esta acción fue declarada previamente como contraria a las disposiciones de la Convención de Ginebra de 1922, que regulaba las relaciones entre ambos países en la región donde se encontraba la fábrica en disputa. En su resolución, la Corte no solo reafirmó la obligación de reparar, sino que también especificó los daños que debían ser considerados al determinar el monto y el alcance de dicha reparación. Para un análisis más

Permanente de Justicia Internacional estableció un principio del derecho internacional: la obligación de reparar a las víctimas de daños derivados de actos ilícitos internacionales. En la actualidad, este principio se respalda en múltiples instrumentos internacionales y regionales. No obstante, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el titular del derecho a ser reparado no es un Estado, sino una o varias personas que han sufrido como víctimas de una acción u omisión atribuible al Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó este punto claro desde su primer caso contencioso. En la sentencia del caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*<sup>36</sup> señaló que, conforme al artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), «toda violación de una obligación internacional que haya causado un daño [conlleva] el deber de repararlo de manera adecuada» por parte del sujeto responsable<sup>37</sup>. Esta disposición consagra una norma consuetudinaria y un principio esencial del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad del Estado<sup>38</sup>. Además, refleja una concepción general del derecho que complementa la obligación primaria<sup>39</sup>, establecida en el artículo 1 de la CADH, de *respetar* y *garantizar* (es decir, hacer cumplir) los derechos humanos reconocidos internacionalmente<sup>40</sup>. Por ende, en el sistema interamericano de derechos humanos, el deber del Estado de reparar los daños causados a las víctimas se encuentra acompañado del derecho de estas a recibir dicha reparación.

De acuerdo con la concepción tradicional, reparar el daño implica restaurar el *status quo ante* y compensar los perjuicios ocasionados por la violación de un derecho humano. Esto se entiende como una forma de *restitutio in integrum*, cuyo propósito es devolver a la víctima o a la parte afectada a la situación que tenía antes de la violación. No obstante, en el derecho internacional de los derechos humanos se observa una evolución hacia una noción más amplia de reparación integral, que busca ser un remedio más completo y efectivo para atender los daños

---

detallado, véase: PINACHO ESPINOSA, *El derecho a la reparación del daño en el Sistema Interamericano*, México, 2019.

<sup>36</sup> Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, sentencia de 21 de julio de 1989, párr. 25.

<sup>37</sup> Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo algodonero") vs. México*, *supra* nota 12, párr. 446.

<sup>38</sup> En este sentido véase las sentencias de la Corte IDH en el *Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*, sentencia de 26 de mayo de 2001, párr. 62; y *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 227.

<sup>39</sup> Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, *supra* nota 36, párr. 25.

<sup>40</sup> Véase el art. 1 de la CADH titulado «Obligación de Respetar los Derechos», que establece lo siguiente: «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (Énfasis añadido).

sufridos por las víctimas de violaciones a sus derechos<sup>41</sup>.

En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado una jurisprudencia en materia de reparaciones que destaca por su carácter innovador y progresista<sup>42</sup>. Esta ha superado el enfoque tradicional de las reparaciones, otorgando una interpretación ampliada al concepto de *restitutio in integrum*. En el sistema interamericano, este concepto no se limita a restablecer a la víctima en la posición y condición que tenía antes de la violación, la cual, en muchos casos, era marcada por discriminación y vulnerabilidad estructural, a menudo factores que contribuyeron a la misma violación. La Corte IDH ha adoptado un enfoque transformador, diseñando medidas específicas que abordan las condiciones estructurales de exclusión, vulnerabilidad y discriminación sufridas por las víctimas. Este enfoque no solo busca reparar el daño causado, sino también incidir en las causas subyacentes de las violaciones de derechos humanos. Esta jurisprudencia se basa en el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que otorga a la Corte tres facultades clave: garantizar el pleno goce de los derechos vulnerados, ordenar reparaciones adecuadas y disponer medidas provisionales para prevenir daños irreparables a las personas afectadas.

En este contexto, el juez interamericano ha señalado que las violaciones a los derechos humanos afectan seis dimensiones principales, las cuales pueden agruparse en dos grandes categorías. La primera abarca las medidas dirigidas de manera exclusiva a la víctima o víctimas, enfocándose en reparar el daño individualmente. La segunda comprende medidas de carácter colectivo, cuyo propósito es generar un cambio estructural más amplio que trascienda el caso particular, abordando las causas y condiciones sistémicas que permitieron la violación.

La primera categoría comprende tres tipos principales de medidas. En primer lugar, las *medidas de restitución*, cuyo objetivo es restablecer a la víctima en la situación en que se encontraba antes de que se produjera el daño. En segundo lugar, las *medidas de indemnización*, destinadas a cubrir los daños materiales y

---

<sup>41</sup> Un antecedente de la formulación de la reparación integral se puede encontrar en la Resolución de Naciones Unidas de 2005 sobre *Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparación* (Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005) que, en su principio núm. 18, establece lo siguiente: «Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición». Sobre las reparaciones en el derecho internacional véase SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, 2010.

<sup>42</sup> Sobre este punto véase CASSEL, *supra* nota 17, 191-223.

emocionales, así como los gastos ocasionados y las pérdidas económicas sufridas. Por último, las *medidas de rehabilitación*, que incluyen la provisión de atención médica y psicosocial necesaria para la recuperación de la víctima.

En la segunda categoría, orientada a cumplir con la obligación de promover cambios estructurales y sociales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido tres tipos principales de medidas. Primero, las *medidas de satisfacción*, que tienen un carácter simbólico y se centran en el reconocimiento público de la responsabilidad por las violaciones. Segundo, las *garantías de no repetición*, diseñadas para implementar cambios estructurales que prevengan futuras violaciones similares. Finalmente, se incluye la *obligación de investigar*, que busca esclarecer los hechos, identificar a los responsables y asegurar justicia para las víctimas<sup>43</sup>.

De manera más específica, en casos de violencia de género contra las mujeres, la dimensión transformadora de las medidas de reparación se ha manifestado en la incorporación de un *enfoque de género*. Este enfoque, inspirado en las teorías feministas, se entiende como una herramienta metodológica diseñada para eliminar las desigualdades de poder derivadas de diferencias biológicas, sociales o anatómicas entre hombres y mujeres, promoviendo la equidad y justicia de género en el proceso de reparación<sup>44</sup>.

El enfoque de género permite visibilizar las formas particulares de violencia y discriminación que ciertos grupos enfrentan debido a su género. Su propósito es incidir en las relaciones de poder desiguales y de subordinación que afectan a las mujeres en comparación con los hombres. Reparar con perspectiva de género implica un ejercicio riguroso de análisis y argumentación por parte de los tribunales, que requiere necesariamente identificar la presencia de factores de género relevantes en el caso concreto. Este enfoque busca asegurar que los jueces examinen los casos y emitan medidas de reparación libres de prejuicios y estereotipos de género, evitando así la reproducción y consolidación de relaciones desiguales de poder<sup>45</sup>.

En aplicación del enfoque de género, a partir de la resolución del caso “*Campo algodónero*”, la Corte IDH ha emitido pronunciamientos en numerosos casos de este tipo, y responsabilizó a los Estados por los contextos de discriminación y de violencia estructural que conllevan graves violaciones de los derechos humanos de las mujeres. En sus decisiones, la Corte ha ordenado a los Estados implementar medidas destinadas, por un lado, a garantizar una reparación integral para las

<sup>43</sup> Sobre las medidas reparatorias en el sistema interamericano véase: PINACHO ESPINOSA, *supra* nota 35.

<sup>44</sup> Véanse en este sentido: RUBIN, *The Traffic in Women: Notes on the ‘Political Economy’ of Sex*, en REITER (ed.), *Toward and Anthropology of Women*, New York, 1975, 157-210; y LAMAS, *La antropología feminista y la categoría ‘género’*, en *Nueva Antropología*, VIII, 30, 1986, 173-198.

<sup>45</sup> Sobre las reparaciones con perspectiva de género véanse: GUILLEROT, *Reparaciones con Perspectiva de Género*, México, 2009 y RUBIO-MARÍN, *¿What Happened To The Women? Gender and Reparations for Human Rights Violations*, Nueva York, 2006.

víctimas y, por otro, a promover cambios estructurales que aseguren la no repetición de estas prácticas a través de la atención de las raíces de la violencia y la discriminación.

En las siguientes páginas se examinarán las medidas que la Corte IDH ha dictado al Estado mexicano<sup>46</sup> en cuatro de las cinco sentencias condenatorias relacionadas con casos de violencia de género. Asimismo, se valorará el grado de cumplimiento de estas medidas y el impacto que estas han tenido en la situación de violencia que enfrentan las mujeres en México, y se traerá a colación los avances que se han logrado y los desafíos pendientes.

#### 4. Características de las medidas reparatorias estructurales con perspectiva de género en la jurisprudencia de la Corte IDH

A partir del caso *González y otras vs. México*, la Corte IDH comenzó a dictar medidas de reparación con perspectiva de género. Estas se han centrado particularmente en medidas de *tipo estructural*<sup>47</sup>, como las medidas de satisfacción, las garantías de no repetición y la obligación de investigar los hechos. Estas acciones tienen como objetivo identificar, juzgar, y, en su caso, sancionar a los responsables de las violaciones, además de abordar las raíces estructurales que perpetúan la violencia de género.

Como se señaló previamente, las medidas de satisfacción tienen un carácter simbólico y están diseñadas para transmitir a la sociedad un mensaje claro de deslegitimación de la violencia contra las mujeres, al mismo tiempo que buscan dignificar a las víctimas<sup>48</sup>. En el caso de México, la Corte IDH ha dictado medidas de satisfacción con perspectiva de género únicamente en dos de las cinco sentencias condenatorias<sup>49</sup>. En particular, en el caso *González y otras* ("*Campo*

---

<sup>46</sup> A la fecha de noviembre de 2024, todavía la Corte IDH no ha emitido una sentencia de supervisión de cumplimiento del caso de Digna Ochoa, por lo que dicha sentencia no será objeto de análisis. Además, en este caso, el juez interamericano no ha indicado medidas de reparación específicas con perspectiva de género.

<sup>47</sup> En el caso de *Campo Algodonero*, la Corte también aplicó el enfoque de género a las medidas de rehabilitación y ordenó. Estas medidas incluyen la obligación del Estado de proporcionar atención médica, psicológica y psiquiátrica gratuita, adecuada y efectiva tanto a las víctimas directas como a sus familiares. Asimismo, la Corte ordenó indemnizaciones para reparar los daños materiales e inmateriales ocasionados para garantizar una reparación integral que refleje las necesidades específicas derivadas de la violencia de género.

<sup>48</sup> Las medidas de satisfacción incluyen la publicación y difusión de la sentencia de la Corte IDH que declara un Estado internacionalmente responsable de la violación de algún derecho o libertad reconocida en la CADH, los actos de reconocimiento de responsabilidad y de disculpas públicas y el otorgamiento de becas de estudio para las víctimas.

<sup>49</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso González y otras* ("*Campo algodón*") *vs. México. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de 21 de mayo de 2013. La sentencia Corte IDH, *Caso González y otras* ("*Campo algodón*") *vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra* nota 12, párrs. 471 y 472, especifica que «El monumento se develará en la misma ceremonia en la que el

*algodonero*”), la Corte ordenó al Estado mexicano erigir un monumento en memoria de las mujeres víctimas de feminicidio en Ciudad Juárez, como un acto de reconocimiento y dignificación.

En la sentencia del caso *Fernández Ortega*, la Corte ordenó al Estado adoptar las medidas necesarias para la reparación de los daños y la promoción de los derechos humanos con perspectiva de género. Entre estas medidas, destacó la obligación de proporcionar los recursos necesarios para construir un centro comunitario para el pueblo indígena *me’phaa* de Barranca Tecoani. Este centro debía funcionar como un “centro de la mujer” dedicado a actividades educativas en derechos humanos y derechos de las mujeres<sup>50</sup>. Adicionalmente, la Corte impuso al Estado la obligación de garantizar que las niñas de esta comunidad, quienes en el momento de la sentencia cursaban estudios secundarios en la ciudad de Ayutla de los Libres, contarán con facilidades adecuadas de alojamiento y alimentación para continuar con su educación. Como alternativa, la Corte le ofreció al Estado la opción de cumplir esta medida mediante la instalación de una escuela secundaria directamente en la comunidad<sup>51</sup>.

Por otro lado, las garantías de no repetición son aquellas medidas diseñadas para prevenir la reincidencia de los hechos que dieron lugar a la violación de derechos. En casos donde las violaciones responden a patrones recurrentes, estas medidas adquieren un carácter preventivo más marcado, ya que exigen al Estado implementar cambios estructurales profundos tanto en su sistema normativo como en la conciencia social<sup>52</sup>. La jurisprudencia sobre garantías de no repetición con enfoque de género es particularmente diversa. En el caso “*Campo algodonero*”, la Corte IDH ordenó al Estado mexicano adoptar múltiples medidas con perspectiva de género.

En primer lugar, se ordenó al Estado mexicano avanzar en la «estandarización de todos los protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, utilizados para investigar todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme al Protocolo de Estambul, el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas y los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas, con base en una perspectiva de género»<sup>53</sup>.

---

Estado reconozca públicamente su responsabilidad internacional, en cumplimiento de lo ordenado en el punto resolutivo anterior».

<sup>50</sup> Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra* nota 29, párr. 267.

<sup>51</sup> *Idem*, párr. 270.

<sup>52</sup> Cfr. CALDERÓN GAMBOA, *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*, en FERRER MAC-GREGOR *et al.* (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, México, 2013, 147-219.

<sup>53</sup> Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra* nota 12, párrs. 497-502, específicamente párr. 502.

En segundo lugar, la Corte ordenó al Estado la adecuación del “Protocolo Alba”<sup>54</sup> u otro instrumento equivalente para garantizar que la búsqueda de niñas y mujeres desaparecidas se realizara de manera urgente y rigurosa. Esto implicaba que, al recibir una denuncia de desaparición, el Estado debía iniciar la búsqueda de oficio, de manera inmediata y sin dilaciones, a través de un trabajo coordinado entre los distintos cuerpos de seguridad. Asimismo, la Corte dispuso que el Estado eliminara cualquier obstáculo factico o jurídico que pudiera comprometer la efectividad de las búsquedas o impedir su inicio<sup>55</sup>. Además, se estableció la obligación de desarrollar herramientas electrónicas que integraran los datos personales de las mujeres desaparecidas y de sus familiares, con el fin de facilitar búsquedas más efectivas y aumentar las probabilidades de éxito en la localización de las víctimas<sup>56</sup>.

Por último, se estableció la obligación del Estado de llevar a cabo actividades educativas, de formación y capacitación en derechos humanos, con un enfoque específico en género.<sup>57</sup> Estas actividades debían estar dirigidas tanto a

---

<sup>54</sup> Cfr. *Protocolo de Atención, Reacción y Coordinación entre Autoridades Federales, Estatales y Municipales en caso de Extravío de Mujeres y Niñas en Ciudad Juárez*, México, 2016.

<sup>55</sup> Para asegurar una búsqueda efectiva, la Corte estableció que el Estado debía asignar todos los recursos necesarios: humanos, económicos, logísticos, científicos o de otra índole. Además, el Estado estaba obligado a realizar un ejercicio sistemático de comparación entre los reportes de desaparición y la base de datos de personas desaparecidas. La Corte también enfatizó la importancia de priorizar la búsqueda en áreas donde, de manera razonable, fuera más probable encontrar a la persona desaparecida, sin descartar arbitrariamente otras posibilidades o regiones de búsqueda: cfr. Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodnero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, supra nota 12, párr. 504 ss.

<sup>56</sup> Se estableció la creación de una página electrónica que recopilara la información personal necesaria para la búsqueda y localización de todas las mujeres, jóvenes y niñas desaparecidas en Chihuahua desde 1993 y que continuaban desaparecidas. Asimismo, la Corte dispuso que esta página debía permitir a cualquier persona comunicarse con las autoridades por cualquier medio, incluso de forma anónima, con el fin de proporcionar información relevante sobre el paradero de las desaparecidas o, en su caso, sobre sus restos: Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodnero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, supra nota 12, párrs. 507-508 y punto resolutivo 20. El segundo instrumento consistía en una base de datos que recopilara información personal y genética de las mujeres y niñas desaparecidas, así como de sus familiares, para facilitar su localización. En particular, la Corte determinó que dicha base de datos debía incluir «i) la información personal disponible de mujeres y niñas desaparecidas a nivel nacional; ii) la información personal que sea necesaria, principalmente genética y muestras celulares, de los familiares de las personas desaparecidas que consientan –o que así lo ordene un juez– para que el Estado almacene dicha información personal únicamente con objeto de localizar a la persona desaparecida, y iii) la información genética y muestras celulares provenientes de los cuerpos de cualquier mujer o niña no identificada que fuera privada de la vida en el estado de Chihuahua», en Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodnero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, supra nota 12, párrs. 509-512 y punto resolutivo 21.

<sup>57</sup> La Corte ordenó al Estado mexicano llevar a cabo cursos y programas de capacitación en derechos humanos con enfoque en perspectiva de género: «para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres dirigidos a funcionarios públicos», en Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo*

funcionarios públicos que atienden a mujeres y niñas víctimas de delitos y participan en su investigación, como a la sociedad en general.

En los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, la Corte ordenó al Estado proseguir con la estandarización de un protocolo de actuación para la atención e investigación de los delitos de violación sexual, tanto a nivel ámbito federal como en el Estado de Guerrero. Según la Corte, dicho protocolo debía ajustarse a los estándares internacionales establecidos<sup>58</sup>. Así mismo, como en el caso “*Campo algodnero*”, la Corte ordenó al Estado continuar implementando actividades permanentes de formación y capacitación de derechos humanos, género y etnicidad, con un enfoque específico en los estándares relacionados con la «investigación diligente en casos de violencia sexual contra las mujeres». Estas actividades debían dirigirse tanto a funcionarios federales como estatales, entre ellas las del Estado de Guerrero. Finalmente, la Corte dispuso que el Estado debía garantizar la prestación de servicios de atención a las mujeres víctimas de violencia sexual<sup>59</sup>. En el caso de *Rosendo Cantú*, además, se estableció la obligación de seguir proporcionando servicios de tratamiento a mujeres víctimas de violencia sexual a través del centro de salud local, el cual debía fortalecerse mediante la asignación de recursos materiales y personal adecuado<sup>60</sup>. Asimismo, México estaba obligado a continuar realizando campañas de concientización y sensibilización dirigidas a la población general sobre la prohibición y los efectos de la violencia y la discriminación contra la mujer indígena<sup>61</sup>.

En el caso *Atenco*, la Corte IDH ordenó al Estado crear un plan de capacitación para los oficiales de la Policía Federal y del Estado de México, así como establecer un mecanismo de monitoreo y fiscalización para evaluar la efectividad de las políticas e instituciones existentes en relación con la rendición de cuentas y el

---

*algodnero*) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota 12, párrs. 531-542 y punto resolutivo 22. Además, se le exige al Estado realizar un programa de educación destinado a la población en general del Estado de Chihuahua, con el fin de superar dicha situación: Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodnero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, supra nota 12, párr. 543 y punto resolutivo 23.

<sup>58</sup> La referencia corresponde al *Manual de investigación y documentación efectiva sobre tortura, castigos y tratamientos crueles, inhumanos o degradantes* (Protocolo de Estambul).

<sup>59</sup> De manera más específica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que estos servicios de atención debían ser proporcionados por las instituciones designadas por el Estado, asegurando la asignación de los recursos humanos y económicos necesarios para su funcionamiento. Asimismo, la Corte indicó que estas actividades debían fortalecerse mediante acciones de capacitación. Cfr. Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, supra nota 28, párrs. 256, 259-260 y 262, puntos resolutivos 18-20; y Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, supra nota 29, párrs. 242, 245-246 y 263, puntos resolutivos 16, 17 y 22.

<sup>60</sup> Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, supra nota 29, párr. 260 y punto resolutivo 21.

<sup>61</sup> *Idem*, párr. 267 y punto resolutivo 23. Además, la Corte dispone continuar con los programas de capacitación de los integrantes de las Fuerzas Armadas: Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, supra nota 29, párr. 249 y punto resolutivo 18.

control del uso de la fuerza por parte de la Policía Federal y la policía del Estado de México<sup>62</sup>. Además, el Estado fue obligado a elaborar un plan calendarizado para fortalecer el Mecanismo de Seguimiento de Casos de Tortura Sexual cometida contra Mujeres<sup>63</sup>.

En el caso *Digna Ochoa*, la Corte ordenó al Estado mexicano desarrollar e implementar, en un plazo máximo de dos años, un protocolo específico y especializado para la investigación de ataques contra personas defensoras de derechos humanos. Aunque no se detalla en los puntos resolutivo, la Corte IDH precisó en la sentencia de fondo que este protocolo debía considerar factores como los riesgos inherentes a la labor de las personas defensoras de derechos humanos, además de incorporar una perspectiva de género y etnia en la investigación, eliminando estereotipos y estigmas<sup>64</sup>.

Uno de los problemas más graves en México es la impunidad, y los casos de violencia contra la mujer no son una excepción. Por esta razón, entre las medidas más relevantes ordenadas por la Corte, se encuentran aquellas relacionadas con el deber de investigar, con el objetivo de identificar y sancionar a los responsables materiales e intelectuales de los hechos y así garantizar justicia para las víctimas. En los cuatro casos mencionados, la Corte exige que los procesos penales se conduzcan de forma expedita y eficaz, eliminando cualquier obstáculo *de jure* o *de facto* que impida una adecuada investigación de los hechos y el desarrollo de los procedimientos judiciales correspondientes.

En la sentencia del caso "*Campo algodnero*", la Corte ordenó al Estado mexicano llevar a cabo la investigación con una perspectiva de género. Esto implica: «emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, para lo cual se deben involucrar las líneas de investigación sobre los patrones respectivos en la zona; realizarse conforme a protocolos y manuales que cumplan con los lineamientos de esta Sentencia; proveer regularmente de información a los familiares de las víctimas sobre los avances en la investigación y darles pleno acceso a los expedientes, y realizarse por funcionarios altamente capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género»<sup>65</sup>. Asimismo, la Corte destacó que aplicar la perspectiva de género requiere garantizar que: «los distintos órganos que participen en el procedimiento de investigación y los procesos judiciales cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar las tareas de manera adecuada, independiente e imparcial, y que las personas que participen

---

<sup>62</sup> Corte IDH, *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra* nota 14, párrs. 355-356 y punto resolutivo 13.

<sup>63</sup> *Idem*. párr. 360 y punto resolutivo 15.

<sup>64</sup> Corte IDH, *Caso Digna Ochoa y familiares Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra* nota 33, párr. 178.

<sup>65</sup> Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo algodnero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra* nota 12, párrs. 452-455 y punto resolutivo 12.

en la investigación cuenten con las debidas garantías de seguridad»<sup>66</sup>. Finalmente, la Corte exigió que los resultados de los procesos realizados conforme a estos lineamientos se divulgaran públicamente, de manera que la sociedad mexicana pudiera conocerlos.

De manera similar, la Corte ha emitido indicaciones análogas respecto a las investigaciones en otros casos donde se ha declarado la responsabilidad internacional del Estado mexicano por violencia de género contra las mujeres. En particular, en los casos *Fernández Ortega* y de *Rosendo Cantú*, la Corte ordenó al Estado: «conducir en el fuero ordinario y con la participación permanente de las víctimas, eficazmente y dentro de un plazo razonable, la investigación y, en su caso, el proceso penal que tramite en relación con la violación sexual sufrida por las víctimas, con el fin de determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar, en su caso, las sanciones y demás consecuencias que la ley prevea»<sup>67</sup>. Además, la Corte instó al Estado a investigar las conductas de los funcionarios públicos que, mediante su comportamiento, revictimizaron a las víctimas<sup>68</sup>.

En el caso *Atenco*, la Corte estableció la obligación del Estado de llevar a cabo «investigaciones amplias, sistemáticas y minuciosas que sean necesarias para determinar, juzgar, investigaciones y, en su caso, sancionar a los responsables de la violencia y tortura sexual sufrida por las once mujeres víctimas»<sup>69</sup>. Estas investigaciones debían ser realizadas por «funcionarios capacitados en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género»<sup>70</sup>. Además, debido al contexto particular del caso, la Corte señaló la necesidad de que las investigaciones identificaran «los posibles vínculos entre los responsables directos y sus superiores jerárquicos en la comisión de los actos de tortura, violencia y violación sexuales, individualizando a los responsables en todos los niveles de decisión, sean federales, estatales o municipales»<sup>71</sup>.

En el siguiente apartado se examinará el grado de cumplimiento de las medidas de reparación mencionadas anteriormente.

---

<sup>66</sup> *Idem*.

<sup>67</sup> Corte IDH, *Fernández Ortega y otros, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra* nota 28, párrs. 228-230 y punto resolutivo 11; y Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra* nota 29, párrs. 211-213 y punto resolutivo 10.

<sup>68</sup> Corte IDH, *Fernández Ortega y otros, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra* nota 28, párr. 231 y punto resolutivo 12; y Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra* nota 29, párr. 214 y punto resolutivo 11.

<sup>69</sup> Corte IDH, *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra* nota 14, párrs. 338-339 y punto resolutivo 9.

<sup>70</sup> *Idem*, párr. 338.

<sup>71</sup> *Idem*.

## 5. ¿México cumple las medidas reparatorias de tipo estructural con perspectiva de género?

Aunque la jurisprudencia interamericana en materia de reparaciones con perspectiva de género es de gran relevancia, persiste un problema muy grave derivado de la *apatía* de los Estados para cumplir con estas medidas, a pesar de la obligación establecida en el artículo 68 de la CADH. Un análisis de los resultados del proceso de supervisión de cumplimiento llevado a cabo por la Corte IDH revela un panorama alarmante. Los datos indican que México muestra un notable rezago en la implementación de las medidas de reparación estructural con perspectiva de género.

En relación con las medidas dictadas en la sentencia de “*Campo algodoner*”<sup>72</sup>, la Corte ha declarado como cumplida la disposición que exigía al Estado mexicano erigir un monumento en memoria de las mujeres víctimas de feminicidio en Ciudad Juárez<sup>73</sup>. Asimismo, la Corte también consideró cumplida la medida que ordenaba al Estado continuar con la estandarización de documentos internos necesarios para investigar delitos relacionados con desapariciones, violencia sexual y feminicidios<sup>74</sup>. En cumplimiento de esta medida, México adoptó diversos instrumentos, incluyendo los «Lineamientos Generales para la estandarización de investigaciones de los delitos relacionados con desapariciones de mujeres, del delito de violación de mujeres y del delito de homicidio de mujeres por razones de género»<sup>75</sup>. Este documento establece los

---

<sup>72</sup> Véase en este sentido Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodoner”) vs. México. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, *supra* nota 49, párrs. 62 ss. Entre las otras medidas cumplidas están: la publicación de la sentencia de la Corte IDH; la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; el pago de las cantidades indicadas por la Corte por concepto de indemnizaciones y compensaciones por daños materiales e inmateriales y el reintegro de costas y gastos.

<sup>73</sup> Véase *supra* nota 49. Sobre las características del monumento sea permitido reenviar a SPIGNO, *González y otras (“Campo Algodoner”) vs. Estados Unidos Mexicanos [2009]. La obligación de garantizar, respetar y reparar derechos y libertades con perspectiva de género y el (in) cumplimiento del Estado mexicano*, *supra* nota 27, 152-153.

<sup>74</sup> En conformidad con lo dispuesto en los párrafos 497 a 502 de la sentencia de fondo.

<sup>75</sup> Este documento fue elaborado y presentado a través del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) y la Procuraduría General de la República. Cfr. Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodoner”) vs. México. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, *supra* nota 49, párr. 80. Además de las acciones que el Estado mexicano realizó y documentó en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencia de los casos relacionados con violencia de género, a partir del 2009, las sentencias también han servido como impulso para la implementación de otras acciones que, si bien no se expusieron dentro del proceso de la Corte IDH, han generado repercusiones positivas en la atención al problema de violencia de género en el país; por ejemplo: la creación de los Centros de Justicia para las Mujeres (2010), actualmente existen 42 centros de justicia para las mujeres en 27 entidades del país; la creación de la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres (2009); la creación del Banco Nacional de Datos e Información sobre Casos de Violencia contra las Mujeres, así como Lineamientos para determinar e integrar la información del Banco Nacional de Datos e Información sobre Casos de Violencia contra las Mujeres (2009); el

procedimientos y criterios que deben seguir las autoridades en las investigaciones de casos de desaparición de mujeres por motivos de género y ha servido como base para la elaboración de protocolos específicos en las distintas entidades federativas<sup>76</sup>. Además, se crearon fiscalías especializadas en atención a mujeres víctimas de delitos por razones de género en Chihuahua y en otras entidades federativas del país<sup>77</sup>, con el objetivo de brindar una atención integral y multidisciplinaria que facilite y agilice la respuesta a las necesidades de las mujeres afectadas.

En tercer lugar, el Estado ha dado cumplimiento a la medida que le exigía implementar herramientas electrónicas, consistentes en una página web y una base de datos<sup>78</sup>, que recopilan información personal sobre las mujeres desaparecidas y sus familiares en Chihuahua desde 1993<sup>79</sup>.

En cuarto lugar, México ha llevado a cabo numerosas actividades y programas de capacitación en derechos humanos y género, la mayoría de los cuales se han dirigido al personal encargado de las investigaciones judiciales relacionadas con casos de discriminación, violencia y feminicidios<sup>80</sup>. Asimismo, se han

---

Programa Integral para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres 2014-2018 (2014); el Protocolo para el Acompañamiento de las Mujeres Víctimas de Violencia de Género ante las Instancias de Justicia (2012); el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género publicado por la SCJN (2013); y el Protocolo para la prevención, atención y sanción del hostigamiento sexual y acoso sexual (2020). Por otro lado, a nivel local se destaca la creación de las Fiscalías Especializadas para la Atención a Mujeres Víctimas del Delito por Razones de Género en diversos Estados del país como: Coahuila, Oaxaca, Nuevo León, Hidalgo y Chiapas. Finalmente, también se impulsó la publicación de las leyes locales de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, las cuales tienen por objetivo regular y garantizar la igualdad entre mujeres y hombres y proponer los lineamientos y mecanismos institucionales para el cumplimiento de la igualdad sustantiva en los ámbitos público y privado, promoviendo el empoderamiento de las mujeres.

<sup>76</sup> *Idem.*

<sup>77</sup> La Fiscalía especializada «fue instaurada para realizar acciones de prevención, investigación, persecución y atención de los delitos cometidos contra mujeres y en Chihuahua está integrada a los Centros de Justicia para las Mujeres». *Idem*, párr. 11.

<sup>78</sup> México ha implementado diversas acciones para actualizar una base de datos nacional con la información personal de mujeres y niñas desaparecidas, con el propósito de facilitar su localización inmediata. Además, se han incluido datos genéticos y muestras celulares de los cuerpos no identificados de mujeres y niñas en Chihuahua. Sin embargo, estas medidas aún no han sido sometidas al proceso de supervisión de cumplimiento por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre este punto sea permitido reenviar a SPIGNO, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. Estados Unidos Mexicanos [2009]. La obligación de garantizar, respetar y reparar derechos y libertades con perspectiva de género y el (in) cumplimiento del Estado mexicano*, *supra* nota 27, 162.

<sup>79</sup> Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodón”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra* nota 12, párrs. 507 y 508.

<sup>80</sup> Véase Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodón”) vs. México. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, *supra* nota 49, párrs. 107 y 111. Esta medida cumple cuanto indicado por la Corte con referencia a la medida que obligaba a México a implementar “programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos y género, perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y

implementado programas educativos en temas de género destinados a la población en general, especialmente en el Estado de Chihuahua, con el objetivo de combatir la discriminación y la violencia estructural contra las mujeres<sup>81</sup>. Además, se realizaron talleres, programas de radio y campañas de sensibilización que involucraron a empresas, instituciones públicas y personal docente en todos los niveles educativos<sup>82</sup>.

Tras la resolución de supervisión de cumplimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado adoptó varias medidas para adecuar el Protocolo Alba. Este instrumento tiene como finalidad coordinar a los distintos órganos involucrados en la respuesta inmediata para la búsqueda y localización de mujeres y niñas desaparecidas<sup>83</sup>. Se ha consolidado como una herramienta clave para garantizar una acción preventiva eficaz desde los primeros reportes y, en consecuencia, durante las primeras horas posteriores a la desaparición<sup>84</sup>.

Una de las medidas aún pendientes de cumplimiento se relaciona con el deber de investigar, que exige la identificación, procesamiento y sanción de los responsables materiales e intelectuales de la desaparición, los maltratos y la privación de la vida de las víctimas del caso<sup>85</sup>. México argumenta haber implementado diversas acciones orientadas a continuar con la investigación, persecución y sanción de los responsables, incluyendo medidas estructurales destinadas no solo a esclarecer los hechos, sino también a garantizar el derecho a la verdad de los familiares de las víctimas y la no repetición de violaciones a los derechos humanos por razones de género. Sin embargo, aunque en su informe semestral de cumplimiento de marzo de 2018<sup>86</sup> el Estado reportó la realización de múltiples diligencias, como informes policiales, declaraciones testimoniales y comunicaciones con diversas autoridades, hasta esa fecha ninguna línea de investigación había conducido a la identificación de los responsables<sup>87</sup>.

---

superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres dirigidos a funcionarios públicos” en los términos de los párrafos 531 a 542 de la sentencia.

<sup>81</sup> A tal efecto, el Estado deberá presentar un informe anual por tres años, en el que indique las acciones que se han realizado con tal fin, en los términos del párrafo 543 de la sentencia.

<sup>82</sup> Véase Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, *supra* nota 49, párrs. 113, 116 y 117.

<sup>83</sup> Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra* nota 12, párrs. 503 ss.

<sup>84</sup> Cfr. SPIGNO, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. Estados Unidos Mexicanos [2009]. La obligación de garantizar, respetar y reparar derechos y libertades con perspectiva de género y el (in)cumplimiento del Estado mexicano*, *supra* nota 27, 162.

<sup>85</sup> Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra* nota 12, párrs. 452 ss.

<sup>86</sup> Ver SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, *Informe de la Unidad para la Defensa de los Derechos Humanos sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de noviembre de 2009*, México, 2018.

<sup>87</sup> Esto se refiere en particular a las investigaciones en el caso de Claudia Ivette González y de Laura Berenice Ramos Monárrez, mientras que, en el caso de Esmeralda Herrera Monreal, el Estado informó que en el 2016 fue sentenciado a 40 años de prisión un presunto responsable,

En la supervisión de cumplimiento de los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, se concluyó que ninguna de las medidas transformadoras con perspectiva de género ha sido plenamente cumplida<sup>88</sup>. Aunque las medidas continúan pendientes, el Estado mexicano ha llevado a cabo ciertas acciones derivadas de estas disposiciones. Un avance significativo logrado en ambos casos fue la reforma del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar<sup>89</sup>, que permite que las denuncias de violaciones de derechos humanos cometidas por las fuerzas armadas, incluyendo violaciones sexuales, sean investigadas en el fuero civil<sup>90</sup>. Esta modificación fue promovida también por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que declaró la inconventionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a) del Código de Justicia Militar por contravenir los artículos 2 y 8.1 de la

---

posteriormente absuelto en apelación y puesto en libertad. Finalmente, quedaba pendiente la atención médica, psicológica o psiquiátrica gratuita, de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de instituciones estatales de salud especializadas, a las víctimas del caso. Ver: Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo algodoner") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, supra* nota 12, párrs. 456 ss. Se aplicaron diferentes actos sancionatorios administrativos a los servidores públicos estatales adscritos a la Fiscalía Especializada en la Investigación de Homicidios de Mujeres en Juárez, durante la primera etapa de la averiguación de los tres casos de feminicidio.

<sup>88</sup> Ya desde la primera sentencia de supervisión de cumplimiento (véase Corte IDH, *Casos Fernández Ortega y otros y Rosendo Cantú y otra vs. México. Resolución Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. de 21 de noviembre de 2014*) la Corte IDH declaró cumplidas las medidas que obligaban al Estado a la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional (punto resolutivo 15 y párr. 244 de la sentencia del caso *Fernández Ortega y otros* y punto resolutivo 14 y párr. 226 de la sentencia del caso *Rosendo Cantú y otra*); a otorgar el tratamiento médico y psicológico que requirieran las víctimas (punto resolutivo 17 y párr. 252 y 253 de la sentencia *Fernández Ortega y otros* y punto resolutivo 19 y párrs. 252 y 253 de la sentencia *Rosendo Cantú y otra*); a otorgar becas de estudios en instituciones públicas mexicanas a las víctimas indicadas en la sentencia (punto resolutivo 21 y párr. 264 de la sentencia *Fernández Ortega y otros* y punto resolutivo 20 y párr. 257 de la sentencia *Rosendo Cantú y otra*); y a pagar las cantidades indicadas por la Corte por concepto de indemnizaciones por daño material e inmaterial (punto resolutivo 25 y párrs. 286, 293 y 300-307 de la sentencia *Fernández Ortega y otros* y punto resolutivo 24 y párrs. 274, 279 y 287-294 de la sentencia *Rosendo Cantú y otra*) y por el reintegro de costas y gastos (punto resolutivo 25 y párrs. 299 y 300-307 de la sentencia *Fernández Ortega y otros* y punto resolutivo 24 y párrs. 286 y 287-294 de la sentencia *Rosendo Cantú y otra*).

<sup>89</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio de 2014.

<sup>90</sup> En la sentencia de supervisión de cumplimiento del 17 de abril de 2015, la Corte declaró el cumplimiento parcial de la obligación del Estado de adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y la CADH (punto dispositivo 13 de la sentencia *Fernández Ortega y otros* y punto dispositivo 12 de la sentencia *Rosendo Cantú y otra*). Posteriormente, con la resolución de supervisión de cumplimiento del 12 de marzo de 2020 relativa al *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México* fue que la Corte IDH declaró el cumplimiento de la obligación de conducir en el fuero ordinario, eficazmente y dentro de un plazo razonable, la investigación de la violación sexual que sufrió Valentina Rosendo Cantú, con el objetivo de determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar, en su caso, las sanciones y demás consecuencias que la ley prevea, según fue ordenado en el punto resolutivo 10 de la sentencia.

CADH<sup>91</sup>. Tanto esta reforma normativa, como las decisiones de la SCJN en tomo al amparo<sup>92</sup>, representan un avance relevante en la lucha contra la impunidad por delitos cometidos por agentes militares en perjuicio de mujeres. Por último, en el caso *Atenco*, las medidas de reparación estructural con perspectiva de género dictadas por la Corte tampoco han sido cumplidas<sup>93</sup>.

## 6. Reflexiones finales

México mantiene una deuda significativa con la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con las mujeres víctimas de violencia de género, como lo demuestra la cantidad de medidas de reparación aún pendientes de cumplimiento. Sin embargo, ha implementado acciones vinculadas de alguna manera con las sentencias, lo que representa avances hacia la garantía del derecho de las mujeres a vivir libres de violencia. Por ejemplo, en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV) se incorporaron disposiciones relevantes como la fracción VII del artículo 52, que reconoce el derecho de las mujeres víctimas de violencia a ser valoradas y educadas libres de estereotipos de comportamiento y prácticas sociales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación<sup>94</sup>, y la fracción II del artículo 45, que establece la obligación del Estado de elaborar programas que fomenten una cultura de vida libre de violencia contra las mujeres y el respeto a su dignidad<sup>95</sup>. Además, se crearon los Centros de Justicia para las Mujeres (CJM) con el objetivo de cumplir con las obligaciones en materia de atención y prevención de violencia contra las mujeres. También se desarrollaron diversos cursos y programas para garantizar investigaciones diligentes y efectivas en casos de violencia sexual

---

<sup>91</sup> Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Caso Rosendo Cantú y otros vs México, Caso Radilla Pacheco vs. México. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de 17 de abril de 2015*. Véase el Acuerdo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 14 de julio de 2011, Expediente Varios 912/2010. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de octubre de 2011.

<sup>92</sup> México promulgó la *Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política* el 2 de abril de 2013. Gracias a esta modificación se introdujeron disposiciones que consentían impugnar la competencia de la jurisdicción militar a través del recurso de amparo. Se estableció por lo tanto un recurso efectivo que permitía eliminar la impunidad relacionada con la intervención del fuero militar. Cfr. Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Caso Rosendo Cantú y otros vs México, Caso Radilla Pacheco vs. México. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de 17 de abril de 2015*.

<sup>93</sup> Con referencia al caso *Atenco* hay solo una sentencia de supervisión de cumplimiento (con fecha del 7 de octubre de 2019 en la que la Corte declara «cumplida la medida que obligaba al Estado a reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad dispuesta [en la sentencia]»).

<sup>94</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 2011.

<sup>95</sup> *Idem*.

contra las mujeres, integrando la perspectiva de género<sup>96</sup>. Estas medidas han permitido al Estado mexicano iniciar estrategias para enfrentar la violencia de género, particularmente en términos de atención y acceso a la justicia para las víctimas. Esto incluye la elaboración de protocolos de actuación para las autoridades encargadas de estos casos, así como capacitaciones y campañas diseñadas para promover el cambio cultural y estructural necesario para combatir esta problemática.

No obstante, las sentencias analizadas reflejan solo una parte de la profunda crisis de derechos humanos que representa la violencia de género en México. A pesar de los avances y medidas implementadas, la situación actual, como se expuso en el apartado I, continúa siendo alarmante. Según datos de la Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana (ENSU)<sup>97</sup>, en su edición de diciembre de 2019, el 99.7% de los delitos de hostigamiento, acoso sexual y violación en México no se denuncian. Además, el Estado no proporciona información confiable que permita dimensionar adecuadamente la magnitud de esta problemática<sup>98</sup>. Con los pocos datos disponibles, el panorama resulta extremadamente desalentador. Aunque las sentencias de la Corte Interamericana han propiciado avances significativos en materia de violencia por razón de género, gracias a la *naturaleza transformadora* de su jurisprudencia, particularmente en cuanto a las reparaciones, el escenario actual en el país evidencia que las acciones del Estado aún son insuficientes para afrontar la magnitud del problema.

Tal vez, debido al enfoque transformador que la Corte Interamericana de

---

<sup>96</sup> A la fecha, permanecen pendientes de cumplimiento diversas obligaciones derivadas de la sentencia en el caso de Valentina Rosendo Cantú, entre ellas, la investigación y, en su caso, el proceso penal relacionado con la violación sexual sufrida por la víctima (punto resolutive 10); el examen de la conducta del agente del Ministerio Público que dificultó la recepción de la denuncia presentada por la víctima, así como del médico que no notificó legalmente a las autoridades correspondientes (punto resolutive 11); la adopción de reformas legislativas necesarias para armonizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (punto resolutive 12); el proceso de estandarización de un protocolo de actuación para la atención e investigación de violaciones sexuales, tanto a nivel federal como en el Estado de Guerrero, de acuerdo con parámetros internacionales (punto resolutive 16); la implementación de programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de violencia sexual contra las mujeres, con enfoque en género y etnicidad (punto resolutive 17); las acciones específicas de capacitación en derechos humanos dirigidas a integrantes de las Fuerzas Armadas y la implementación de un programa obligatorio de formación en derechos humanos para este sector (punto resolutive 18); el fortalecimiento de los servicios de tratamiento en el centro de salud de Caxitepec mediante la provisión de recursos materiales y personales (punto resolutive 21); la mejora de las actividades de las instituciones encargadas de atender a mujeres víctimas de violencia sexual mediante recursos adicionales y acciones de capacitación (punto resolutive 22); y las campañas de concientización dirigidas a la población general sobre la prohibición y los efectos de la violencia y discriminación contra las mujeres indígenas (punto resolutive 23).

<sup>97</sup> Véase: INEGI, *Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana*, México, 2019.

<sup>98</sup> ARNAIZ ZHURAVLEVA *et al.*, *Impunidad feminicida. Radiografía de datos oficiales sobre violencia contra las mujeres*, México, 2020.

Derechos Humanos ha adoptado frente a las graves violaciones de derechos humanos en América Latina, se le ha atribuido una responsabilidad desproporcionada, que en parte excede sus competencias, ya que son los Estados quienes tienen la obligación principal de garantizar los derechos humanos y cumplir con las medidas ordenadas. No obstante, ante la inacción de los Estados, el sistema interamericano resulta limitado en su eficacia y capacidad de respuesta, a menos que se diseñen estrategias que fortalezcan su capacidad para presionar a los Estados, exigiendo el cumplimiento de las reparaciones ordenadas y aplicando sanciones en caso de incumplimiento.

También cabría reflexionar sobre el verdadero alcance de la vocación *transformadora* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reconsiderar los fundamentos del mecanismo de supervisión de cumplimiento de las medidas de reparación. Lo que resulta evidente, como lo demuestran las cuatro sentencias en las que la Corte ha declarado la responsabilidad internacional del Estado mexicano por violencia de género contra las mujeres aquí analizadas, es que el sistema interamericano no puede operar eficazmente sin una actitud colaborativa de los Estados. Este compromiso comienza con el reconocimiento de la violencia de género como una problemática estructural y sistemática que persiste y sobre la cual aún queda mucho por avanzar.



## JUZGANDO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN ASUNTOS ELECTORALES EN MÉXICO °

**Mónica Aralí Soto Fregoso**

*Magistrada Presidenta del Tribunal Electoral  
del Poder Judicial de la Federación, México*

*El texto analiza la importancia de la igualdad de género en la política mexicana, subrayando la necesidad de una democracia paritaria. Se destacan los desafíos que enfrentan las mujeres en el ámbito electoral y la relevancia de las acciones afirmativas para garantizar su participación. Se define la paridad como un objetivo esencial para transformar estructuras que perpetúan la desigualdad y la discriminación, promoviendo así una representación equitativa en la toma de decisiones políticas.*

*Il lavoro analizza l'importanza dell'uguaglianza di genere nella politica messicana, sottolineando la necessità di una democrazia paritaria. Vengono evidenziate le sfide che le donne affrontano nel campo elettorale e l'importanza delle azioni affermative per garantire la loro partecipazione. La parità è definita come un obiettivo essenziale per trasformare le strutture che perpetuano la disuguaglianza e la discriminazione, promuovendo così una rappresentanza equa nelle decisioni politiche.*

*The paper analyzes the importance of gender equality in Mexican politics, emphasizing the need for a parity democracy. It highlights the challenges women face in the electoral arena and the relevance of affirmative actions to ensure their participation. Parity is defined as an essential goal to transform structures that perpetuate inequality and discrimination, thus promoting equitable representation in political decision-making.*

### **Sumario:**

1. Introducción
2. Contexto y marco normativo en México
3. Juzgar con perspectiva de género: conceptos, principios y la guía de la Red mundial
4. Criterios relevantes y jurisprudencia del TEPJF
5. Desafíos persistentes y lecciones aprendidas
6. Conclusiones

---

° Ensayo sometido a revisión por pares doble ciego.

## 1. Introducción

Desde hace muchos años, lograr la igualdad de género ha sido un tema central en la agenda de las democracias contemporáneas, pues no sólo se ha tratado de uno de los cimientos del Estado de derecho y la democracia, sino también uno de los pilares del desarrollo humano. Sin embargo, hace apenas un par de décadas, la agenda evolucionó para avanzar hacia la democracia paritaria, lo cual supone una serie de transformaciones para crear un modelo en el que la paridad y la igualdad sustantiva formen los dos ejes centrales.

Esto significa que cualquier Estado inclusivo tiene la obligación de garantizar la participación e integración “paritaria” o “en partes iguales” entre hombres y mujeres en la conformación de listas de candidaturas a cargos de elección popular, órganos de representación y, en general, cualquier puesto de toma de decisiones. La paridad es un piso mínimo a favor del grupo desaventajado – en este caso de las mujeres – mas no un techo<sup>1</sup>.

Reconocer que la presencia de las mujeres, cuantitativa y cualitativa, en espacios de toma de decisión política resulta clave para modificar los mismos factores estructurales que las excluyen, contribuyendo a cerrar el círculo de la discriminación y la desigualdad de género<sup>2</sup>.

Ahora bien, la mayoría de los marcos normativos de los países en Europa comparten tales principios e implementan buenas prácticas. La Comisión de Venecia revela que, de acuerdo con la regulación y práctica internacional, los partidos políticos cumplen con el principio de no discriminación por género, ya sea para un puesto en el partido o para candidaturas en cargos de elección popular. Asimismo, resalta que diversas legislaciones y prácticas nacionales de algunos partidos europeos han ido un paso más adelante al introducir cuotas para aumentar el equilibrio de género o, más directamente, lograr una representación equitativa de mujeres y hombres en el órgano electo. Aun cuando estas prácticas varían según el país y el partido, advierte que la introducción de medidas para la igualdad de género se está convirtiendo progresivamente en la tendencia dominante<sup>3</sup>.

Al mismo tiempo, la Comisión reconoce que, la implementación de mecanismos para promover la igualdad de género, no sólo en las elecciones parlamentarias, sino también en las elecciones a puestos de toma de decisiones en

<sup>1</sup> VARGAS VALDEZ, *Paridad de género y violencia política desde la perspectiva internacional*, en *Mujeres en la Justicia*, n. 1, 2022, 243. Disponible en <https://www.scjn.gob.mx/comite-igualdad-genero/sites/default/files/revista-mujeres/pdf/revista-mujeres-en-la-justicia-numero-1.pdf>

<sup>2</sup> ONU MUJERES, *Norma Marco para consolidar la Democracia Paritaria*, 2015, 8. Disponible en <https://lac.unwomen.org/sites/default/files/Field%20Office%20Americas/Documentos/Publicaciones/Norma%20Marco%20de%20Democracia%20Paritaria.pdf>

<sup>3</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on Bicameralism*, (CDL-AD(2024)007), 2024, 39-42. Disponible en [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2024\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2024)007-e) Traducción propia.

general – fuera y dentro de partidos políticos – ha ido acompañada de estrategias de acción positiva para lograr la paridad de género, entre las que destacan: la introducción de cuotas, la creación de secciones de mujeres y el establecimiento de comisiones de control para asegurar la igualdad de género<sup>4</sup>

En América Latina la situación no es muy distinta. Específicamente en México, el avance hacia una democracia mucho más representativa se ha reflejado en diversas reformas político-electorales orientadas a garantizar la paridad de género en las candidaturas y el aumento en la representación femenina en el Congreso.

Empero estos avances significativos, de acuerdo con el Informe global de la brecha de género 2024 del Foro Económico Mundial, el empoderamiento político sigue siendo la más grande de las cuatro brechas de género<sup>5</sup>, y las mujeres permanecen subrepresentadas en la mayoría de los gobiernos en Europa y América Latina. Los datos muestran que la implementación de cuotas para las candidaturas legislativas, la reserva de asientos para mujeres en órganos parlamentarios y la adopción de cuotas de género en partidos han acelerado gradualmente la representación política de las mujeres, pero definitivamente persisten otras barreras sociales y culturales, como la violencia política de género, que les dificultan transitar de una representación numérica hacia una sustantiva<sup>6</sup>.

La violencia por el solo hecho de ser mujer – ya sea violencia simbólica, física, sexual, verbal, ciberacoso y femicidio, entre otras – puede adquirir manifestaciones propias asociadas a reglas formales e informales que rigen la competencia político electoral<sup>7</sup>. Estas prácticas se suscitan en la cotidianidad del quehacer político, pero cobran particular intensidad y especificidad durante los procesos electorales en un sinfín de espacios, tales como partidos políticos, medios de comunicación, y ahora más que nunca, en redes sociales.

En efecto, la violencia contra la mujer es una de las peores formas de discriminación y que ha sido exacerbada por el uso de las tecnologías digitales. A mayor participación de las mujeres en esta arena pública, el espacio de las redes sociales se ha convertido – desafortunadamente – en un espacio hostil, donde a través del anonimato o a veces de forma directa se les ataca cuestionando su liderazgo, haciendo publicaciones sobre su aspecto físico o poniendo en duda su

---

<sup>4</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Compilation of Venice Commission Opinions and Reports Concerning Gender Equality*, (CDL-PI(2021)002), 2021, 19-24. Disponible en [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2021\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2021)002-e) Traducción propia.

<sup>5</sup> La brecha de género en salud y supervivencia es la más cerrada, con un 96%, seguida de la brecha en logros educativos (94,9%), la brecha en participación y oportunidades económicas (60,5%) y la brecha de empoderamiento político (22,5%).

<sup>6</sup> BAEZ CARLOS - GARCÍA MÉNDEZ, *Democracia paritaria: avances y desafíos en la representación de las mujeres*, 2023, Ciudad de México, 71. Disponible en <https://portal.ine.mx/wp-content/uploads/2023/08/deceyec-democracia-paritaria.digital.pdf>

<sup>7</sup> ALBAINE, *Violencia política de género. Leyes y protocolos en América Latina*, en *Análisis Carolina*, n. 14, 2022, 3. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8717957.pdf>

capacidad para poder desempeñar cargos públicos. Los ataques y amenazas son recibidas por distintos medios: correo electrónico, llamada telefónica, mensajes directos, WhatsApp, página web, o blogs, o bien, a través de las redes sociales más populares como Facebook, X (antes Twitter), YouTube, Instagram o TikTok<sup>8</sup>.

Las razones principales por las cuales este tipo de conductas son “normalizadas” y pasan desapercibidas, son porque no existe un conocimiento socializado respecto de la violencia política, en qué consiste, sus alcances y las formas de sancionarla; no hay un marco jurídico sólido que indique cuál es la vía judicial para hacer las denuncias, ni que respalde a víctimas y operadores jurídicos; por otro lado, socioculturalmente se cree que las mujeres deben “aguantar” y que es “normal” lo que les pasa por estar inmersas en la arena político-electoral; asimismo, hay poca confianza en las autoridades; existe temor de que su denuncia resulte contraproducente para sus aspiraciones políticas, así como miedo a las represalias y amenazas – tanto a ellas como a su núcleo familiar – aunado a que en los partidos tampoco existen instancias que atiendan este tipo de violencia, generando mucha vergüenza tener que aceptar que haya sido víctimas de violencia política de género.

Ante esto, ¿resulta relevante el papel de la justicia electoral y su forma de atajar tales desafíos que continúan limitando el acceso de las mujeres a puestos de toma de decisiones? De ser así, ¿en qué medida juzgar con perspectiva de género contribuye a disminuir la representación desigual?

Una justicia electoral con perspectiva de género es fundamental para identificar, prevenir, sancionar y eliminar semejante violencia y/o barreras, asegurando que las normas y procedimientos previstos contribuyan a materializar y restituir los derechos de las mujeres. En primer lugar, es fundamental para garantizar que las mujeres no solo tengan acceso a puestos de elección popular, sino que también cuenten con un entorno judicial que proteja sus derechos y sancione las prácticas que busquen socavarlos. En segundo lugar, una justicia electoral sensible al género es clave para la legitimidad de los procesos democráticos, pues asegura que todas las mujeres y todos los hombres tengan las mismas oportunidades de participar en la vida política y de influir en las decisiones que afectan sus vidas.

En Europa, la relevancia de este tema se ha intensificado en los últimos años, especialmente en el contexto de la creciente diversidad cultural y los desafíos que esto plantea para la cohesión social. En países como Francia, Alemania y España<sup>9</sup> se ha experimentado un aumento en la demanda de políticas que no solo promuevan la participación política de las mujeres, sino que también aseguren

---

<sup>8</sup> ALANIS, *Violencia contra las mujeres en la política*, 2020, Geneva, 36-37. Disponible en <https://www.kofiannanfoundation.org/wp-content/uploads/2024/06/75de7de2-violence-against-women-in-politics-spanish-work-in-progress.pdf>

<sup>9</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on Bicameralism*, cit., 39-42. Traducción propia.

que sus derechos sean protegidos de manera efectiva por los sistemas judiciales. Sin embargo, las diferencias en los sistemas legales de los Estados miembro y las distintas interpretaciones de lo que implica juzgar con perspectiva de género han resultado en una implementación desigual de estas políticas.

En el caso de México, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) ha sido un actor clave en la promoción de la perspectiva de género en la justicia electoral. A través de diversas sentencias y criterios jurisprudenciales, el TEPJF ha sentado precedentes importantes para asegurar que las decisiones judiciales tomen en cuenta las diferencias de género y busquen corregir las desigualdades estructurales que afectan a las mujeres en el ámbito político. Estos avances, aunque significativos, aún enfrentan resistencia tanto en el ámbito judicial como en la sociedad en general, lo que subraya la necesidad de continuar fortaleciendo la capacitación y sensibilización en materia de género entre los actores del sistema de justicia.

El presente artículo tiene como objetivo exponer el camino hacia la paridad de género, así como los avances y desafíos en la aplicación de la perspectiva de género en la justicia electoral en México, con un enfoque particular en la metodología adoptada por el TEPJF. Para ello, (1) se dará un breve contexto sociocultural sobre México, su marco normativo y el papel que desempeña en TEPJF; (2) se expondrá la definición y relevancia de juzgar con perspectiva de género en materia electoral; (3) se reseñarán los criterios relevantes y jurisprudenciales emitidos por el Tribunal; así como, (4) cuáles han sido los desafíos persistentes y las lecciones aprendidas en la implementación de la perspectiva de género para emitir sentencias con carácter progresivo y facilitar el acceso a la justicia para las mujeres; y, finalmente (5), se reflexionará sobre la importancia de contar con una justicia electoral con perspectiva de género, que no solo es una cuestión de derechos humanos, sino también de justicia social y democracia inclusiva.

## 2. Contexto y marco normativo en México

El contexto histórico, social, económico y cultural en el que se ha desarrollado el género femenino en el sistema político mexicano, se caracteriza por representar un grupo vulnerable, en situación de desventaja y con posibilidades limitadas para llegar y mantenerse en puestos de toma de decisiones<sup>10</sup>. Tan es así, que el derecho al voto de las mujeres se reconoció hasta 1953, momento en el que inició su lenta pero progresiva participación en los espacios de toma de decisiones políticas.

---

<sup>10</sup> TREVIÑO RAMÍREZ, *Avance político de las mujeres en México*, en SOTO FREGOSO (coord.), *El avance político de las mujeres en México. Aportaciones de las magistradas desde la justicia electoral*, Ciudad de México, 2019, 55. Disponible en [https://www.te.gob.mx/media/files/IDyPG/El\\_avance\\_politico\\_mujeres\\_Mexico.pdf](https://www.te.gob.mx/media/files/IDyPG/El_avance_politico_mujeres_Mexico.pdf)

La materialización de su presencia en la Cámara de diputados se confirmó en la década de los setenta con alrededor de un 8% y en los noventa con un 12%, momento en el que su porcentaje de participación comenzó a aumentar poco a poco, incluso al interior de los partidos<sup>11</sup>.

- *Evolución de los derechos político-electorales de las mujeres en México y el papel del TEPJF*

La adopción del modelo de democracia paritaria inició formalmente en 2014, cuando en el marco de una reforma constitucional al artículo 41<sup>12</sup>, se estableció el principio de paridad en candidaturas a cargos de elección de las Cámaras del Congreso de la Unión, incluyendo también la obligatoriedad en candidaturas a diputaciones de los Congresos locales. Un poco más adelante, la paridad se amplió a las candidaturas a los gobiernos municipales y esta relevante modificación constitucional obligó a las entidades federativas a la armonización de sus constituciones y leyes electorales para incluir el principio de paridad<sup>13</sup>.

Fue a partir de entonces, cuando la Sala Superior del TEPJF comenzó a tener un papel protagónico, pues ante una serie de inconformidades de diversos grupos de mujeres con los lineamientos que emitían los organismos electorales locales, tuvo que fijar tres criterios de suma importancia: i) la paridad horizontal, donde se estableció que los partidos políticos o coaliciones debían presentar planillas encabezadas por género distinto en al menos la mitad de los municipios o en la mitad de las candidaturas que registraran en cada entidad; ii) la paridad vertical, consistente en que la integración de las planillas que registraran se debía observar la paridad de género, debiendo postular 50% de cada uno de manera alternada; y iii) la paridad transversal, donde los partidos políticos debían equilibrar las postulaciones que realizaran en los municipios en cuatro bloques, registrando al menos 40% de un género distinto en cada uno, para garantizar que ambos géneros tuvieran la posibilidad de acceder a cargos de elección popular en los municipios de mayor población en cada bloque (dependiendo del número de habitantes).

Asimismo, la Sala Superior sentó un precedente en materia de paridad en sistemas normativos indígenas, armonizando el derecho de las mujeres indígenas a la participación política con el derecho de los pueblos y comunidades, a la autonomía y libre determinación<sup>14</sup>.

- *Aportaciones legislativas y jurisdiccionales*

---

<sup>11</sup> BAEZ CARLOS – GARCÍA MÉNDEZ, *Democracia paritaria: avances y desafíos en la representación de las mujeres*, cit., 16.

<sup>12</sup> El contenido de la reforma estableció: los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación política y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo, así como las reglas para garantizar la paridad entre los géneros, en candidaturas a legisladores federales y locales.

<sup>13</sup> El proceso de armonización legislativa culminó en 2015.

<sup>14</sup> Véase sentencia bajo el número de expediente SUP-REC-16/2014

Al mismo tiempo, se emitió la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, que sustituyó al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y la Ley General de Partidos Políticos, en la que se establecieron las reglas para garantizar la paridad entre géneros en candidaturas a las legislaturas federales y locales.

Con esto, la presencia femenina en la Cámara de Diputaciones pasó de 12% en 1990 a 42.6% en 2015. En el 2018, dicha Cámara, por primera vez en la historia de México, tuvo en los escaños, prácticamente, una representación paritaria de mujeres y hombres. En resumen, en los 28 años y las 9 elecciones en los que se aplicó esa medida, la presencia femenina aumentó cerca de 4 veces.<sup>15</sup>

Años más tarde, en el 2019, se reformaron los artículos 2, 4, 35, 41, 52, 53, 56, 94 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esta reforma fue denominada de manera coloquial como la reforma de “paridad en todo”, donde se hizo obligatorio el acceso cuantitativo y cualitativo de las mujeres en los órganos de los tres órdenes de gobierno del Estado mexicano.

En el artículo 2, se estableció que, en los municipios con población indígena, las elecciones de representantes ante los ayuntamientos deben observar el principio de paridad de género.

Asimismo, con el ánimo de otorgar mayor claridad sobre las implicaciones de la paridad, en el artículo 35 se estableció como un derecho de la ciudadanía a ser votada en condiciones de paridad para todos los cargos de elección popular; en el artículo 53 se determinó que se aplicará el principio de paridad en las diputaciones plurinominales; y en el artículo 56 en las senadurías.

Por otra parte, en el artículo 41, se determinó la obligación de observar el principio de paridad en los nombramientos de las personas titulares de las secretarías de despacho del poder ejecutivo, tanto federal como en las entidades federativas; de igual forma mandató a incorporar dicho principio en la integración de los organismos autónomos y de forma expresa estableció la obligación de los partidos políticos a observar el principio de paridad de género en la postulación de sus candidaturas.

En el artículo 94 se estableció que la integración de los órganos jurisdiccionales debe observar el principio de paridad de género. Finalmente, el artículo 115, se reguló la integración de los ayuntamientos de conformidad con el principio de paridad.

Finalmente, en el 2020, mediante la resolución del recurso de apelación SUP-RAP-116/2020 y acumulados, el TEPJF tuvo un papel importante, al vincular a los partidos políticos nacionales a postular de manera paritaria las gubernaturas que tuvieron lugar durante el proceso electoral 2020-2021, mediante ésta, también

---

<sup>15</sup> BINDI, *La paridad de género y la violencia política de género*, en BINDI - GROPPI - PISANESCHI (ed.), *La democracia a juicio. Estudio comparativo de la jurisprudencia del TEPJF en el proceso electoral 2017-2018*, 2023, Ciudad de México, 223. Disponible en [https://www.te.gob.mx/editorial\\_service/media/pdf/260320241357561400.pdf](https://www.te.gob.mx/editorial_service/media/pdf/260320241357561400.pdf)

se vinculó a los congresos federales y locales a legislar en materia de paridad en las gubernaturas.

Así, «en junio de 2021 las mujeres lograron ocupar el 49.6% de las curules nacionales de la Cámara de Diputados y 49.2% de los escaños del Senado de la República. Como resultado de los comicios de julio de 2021, en la Cámara de Diputados se alcanzó la paridad, pues quedó conformada por 250 diputadas y 250 diputados para la LXV Legislatura (2021-2024). En buena medida, esto ha sido el resultado de la adopción de recomendaciones y medidas afirmativas que se materializaron primero en las cuotas de género y, posteriormente, en la adopción de la paridad parcial, en 2014, y total, en 2019, considerando a la paridad ya como una medida definitiva»<sup>16</sup>.

No obstante, a mayor participación, se advirtió que la violencia política contra las mujeres era una realidad en México, manifestándose a través de acoso, discriminación, amenazas e incluso violencia física. Ante la ausencia de una legislación específica, los juzgadores se basaban en las directrices establecidas en la Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, la cual establece que las órdenes de protección son actos de urgente aplicación en función del interés superior de la víctima, y son esencialmente precautorias y cautelares, que deberán otorgarse por la autoridad competente inmediatamente de que se conozcan de hechos probablemente constitutivos de las infracciones que impliquen violencia contra las mujeres y en la Ley General de Víctimas, la cual establece que la reparación integral comprende las medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica.

Si bien el modelo óptimo era legislar sobre violencia política de género, lo cierto es que los protocolos de actuación resultaron eficaces. En este sentido, ante la ausencia de legislación sobre violencia política de género, México tuvo la posibilidad de diseñar protocolos para atender esta problemática bajo el respaldo jurídico de compromisos internacionales asumidos – tales como la Convención de Belem do Para y la CEDAW –; así como normas del ámbito nacional aplicables al respecto.

Así, en el 2016, por iniciativa del TEPJF – en colaboración con distintas instituciones del Estado – se creó el Protocolo para atender la Violencia Política contra las Mujeres. El propósito de este instrumento se orientó a promover el accionar coordinado de las instituciones ante casos de violencia política de género, facilitar la implementación de los compromisos internacionales asumidos sobre derechos políticos de las mujeres y violencia de género, y el diseño de políticas específicas en la materia. En particular, el protocolo estableció el enfoque

---

<sup>16</sup> BAEZ CARLOS - GARCÍA MÉNDEZ, *Democracia paritaria: avances y desafíos en la representación de las mujeres*, cit., 113.

y las medidas a adoptar en un procedimiento judicial asociado a la violencia política de género en materia electoral, penal o administrativa<sup>17</sup>.

De este modo, la construcción de la democracia paritaria y libre de violencia en México inició con un sólido andamiaje legal electoral, que propició la implementación de mecanismos de cuotas y acciones afirmativas, así como el establecimiento de reglas tendentes a garantizar la paridad y protección entre los géneros en las candidaturas.

Con el ánimo de seguir avanzando en la consecución de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el ámbito político-electoral, se concedieron las herramientas necesarias al TEPJF para la identificación y definición del derecho aplicable, así como la identificación de las circunstancias relacionadas con el entorno de las mujeres y los factores de desigualdad, discriminación y subordinación que las aquejan y, como consecuencia, para la selección de los derechos que pudieran ser transgredidos y garantizar su respeto bajo una interpretación con perspectiva de género, en donde los derechos humanos sean los pilares fundamentales en la impartición de justicia.

### **3. Juzgar con perspectiva de género: conceptos, principios y la guía de la Red mundial**

Ante el aumento de casos de violencia política de género y discriminación en materia electoral en México, los cuales obstaculizaban la materialización de la paridad e igualdad sustantiva, el TEPJF consideró que resultaba imprescindible contar con una metodología que auxiliara en la identificación y diagnóstico de los hechos denunciados, en el análisis del derecho aplicable, en advertir los principales retos en la ponderación de principios al momento de tutelar los derechos político-electorales de las mujeres conforme a un estándar de protección internacional y nacional que coadyuvara en la resolución de controversias.

Se centraron esfuerzos en crear una guía o protocolo de actuación que fuera capaz de identificar que ciertos hechos, conductas o eventos de violencia y/o discriminación por cuestión de género pueden adquirir connotaciones diferentes cuando se estudian de manera aislada o cuando se valoran las circunstancias de su entorno. Asimismo, que la guía permitiera a los operadores jurídicos entender la magnitud de su gravedad para facilitar la dinámica institucional de denuncia, atención, acompañamiento, protección y sanción, a través de una metodología con mecanismos para actuar con celeridad, imparcialidad, objetividad y justicia.

De este modo, dentro del Observatorio de Igualdad de Género de la Red Mundial de Justicia Electoral, surgió la idea de redactar una guía de cuatro pasos

---

<sup>17</sup> ALBAINE, *Violencia política de género. Leyes y protocolos en América Latina*, cit., 7.

para juzgar con una perspectiva de máxima protección de derechos<sup>18</sup>, donde se involucre la categoría de género. Dicho documento se convirtió en una herramienta de suma utilidad para el análisis, interpretación y resolución de controversias donde existan desequilibrios de poder, contextos de violencia o de desigualdad en contra de las mujeres.

- *Definición y relevancia de la perspectiva de género en la justicia electoral*

Conceptual y analíticamente, esta perspectiva ha permitido reconocer a las personas en su diversidad, analizar las diferencias entre los diversos géneros y cómo esto se relaciona con las desigualdades que viven en la sociedad. Permite analizar y comprender las características que definen a las mujeres y a los hombres de manera específica, así como sus semejanzas y diferencias. Esto es, analiza las posibilidades vitales de las mujeres y los hombres, el sentido de sus vidas, sus expectativas y oportunidades, las complejas y diversas relaciones sociales que se dan entre ambos géneros, así como los conflictos institucionales y cotidianos que deben enfrentar y las maneras en que lo hacen.

De esta forma, se ha visibilizado a las mujeres desde diferentes ángulos: sus actividades, sus vidas y sus necesidades específicas con una mirada diferenciada que facilita repensar las construcciones sociales y culturales de la distribución del poder y que afectan de manera directa sus formas de relacionarse en todos los ámbitos. Esto ha permitido comprender cómo la diferencia en los roles, funciones y atributos asignados en una sociedad determinada a lo femenino y a lo masculino y la subordinación de unos respecto de los otros influye sobre los comportamientos sociales e institucionales. Además, ha permitido problematizar y desnaturalizar el entramado de relaciones de poder y opresiones que subyacen en el binomio sexo-género y, en particular, la desigualdad y las consecuentes discriminaciones y violencias específicas contra las mujeres cis e incluso las personas del colectivo LGBTIQ+.

De igual forma, la perspectiva de género ha permitido reconocer que el análisis de los ámbitos nacionales e internacionales resulta indispensable para obtener información e identificar los posibles obstáculos que podrían padecer las mujeres en el acceso a la justicia; identificar cuáles son los recursos y remedios a su alcance, así como las buenas prácticas para facilitar su acceso a cortes y tribunales, y hacer recomendaciones para mejorar cualquier situación que las ponga en desventaja.

Así, la guía ha coadyuvado en la identificación de las situaciones de vulnerabilidad o contexto de desigualdad para, de ser el caso, evaluar los impactos

---

<sup>18</sup> SOTO FREGOSO (coord.), *Guía para juzgar con perspectiva de género en materia electoral*, 2022. Disponible en: <https://lac.unwomen.org/es/digital-library/publications/2023/10/guia-para-juzgar-con-perspectiva-de-genero-en-materia-electoral>

diferenciados de las normas y cuestionar su neutralidad a partir del derecho de igualdad<sup>19</sup>.

En resumen, la guía para juzgar con perspectiva de género o analizar los casos “con gafas violeta” ha servido para realizar un estudio crítico del derecho basado en las relaciones de género y ha proporcionado una metodología que permita identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres, mostrando que las diferencias entre géneros se dan no solo por su determinación sexual y biológica, sino también por las diferencias culturales asignadas a cada persona.

Con base en lo anterior, y del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, el TEPJF asumió como mandato el deber de impartir justicia con base en una perspectiva de género, para lo cual, implementa un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria.

- *Pasos metodológicos*

El primer paso de dicha metodología consiste en que el juzgador debe identificar si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; es decir, resulta preciso determinar e interpretar la trama de las situaciones, motivos y circunstancias de la figura típica-antijurídica electoral. Se ha de establecer la organización y estructuras en referencia al incidente suscitado e identificar cuál fue la participación del Estado y personas que intervinieron en los hechos con el propósito de efectuar el deslinde de responsabilidades.

Como segundo paso, deben cuestionarse los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género. Asimismo, debe determinarse el derecho aplicable, verificando las normas que son útiles o pertinentes al caso, así como aquellas que materializan alguna relación asimétrica de poder, reconociendo la diversidad de las mujeres desde la perspectiva de la interseccionalidad. El enfoque interseccional es una herramienta fundamental para la identificación y definición del derecho aplicable, pues la identificación de las circunstancias naturales (inherentes a su persona) y sociales (relacionadas con su entorno) que convergen de manera específica en cada mujer que acuda ante una autoridad, lleva consigo la caracterización de los factores de desigualdad, discriminación y subordinación que la aquejan y, como

---

<sup>19</sup> INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos*, San José, 2008, 37. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/25753.pdf>

consecuencia, a la selección de los derechos que han sido transgredidos. Por lo que, se torna indispensable contar con diversas herramientas útiles para analizar el derecho aplicable, conservando una postura crítica con relación al marco regulatorio convencional, regional o local, según se trate.

En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, se deben ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones.

Ahora bien, en caso de que se detecte la situación de desventaja por cuestiones de género, se deberá cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria, de acuerdo con el contexto de desigualdad por condiciones de género.

El tercer paso consiste en identificar las herramientas argumentativas que servirán de apoyo para emitir resoluciones con perspectiva de género, así como el análisis situacional de los hechos y derechos en juego, de modo tal, que se elimine todo sesgo por razón de género en su estudio, lo cual se verá reflejado en la fundamentación y motivación del acuerdo o sentencia.

Finalmente, como cuarto paso, deberá tomarse en cuenta el principio de celeridad en la toma de decisiones, pues la mayoría de las etapas de los procesos electorales se rigen por plazos cortos, aunado a que, a la conclusión de cada fase, los actos o resoluciones adoptados en cada una de ellas adquieren la calidad de firmes, definitivas e inatacables. En este sentido, la adopción de medidas cautelares y de protección, así como las sentencias o resoluciones finales, es necesario que se dicten a la mayor brevedad, en atención a que la celeridad es una condición para salvaguarda de la vida y la integridad personal de las mujeres, sobre todo, en los casos en que se ha denunciado la comisión de actos de violencia.

Lo anterior, contemplando, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género, a la luz de los principios de progresividad, interseccionalidad y *pro persona*.

De este modo, la forma en que el TEPJF ha aplicado la perspectiva de género para la resolución de controversias político-electorales no solo ha servido para evidenciar los contextos de desigualdad, sino también para que, a partir de ahí, se detecten y adopten las medidas jurídicas necesarias para lograr la igualdad sustantiva o material. Se parte de una visión transformadora del derecho, donde las y los operadores jurídicos puedan incidir en el desmantelamiento del sistema patriarcal, el empoderamiento de las mujeres y alcanzar la democracia paritaria libre de violencia.

#### 4. Criterios relevantes y jurisprudencia del TEPJF

Juzgar con una visión violeta ha sido una de las mayores aportaciones del TEPJF en la apertura de espacios para una mayor participación política de las mujeres. No solo ha contribuido significativamente al avance de sus derechos mediante diversos criterios jurisprudenciales, sino que también ha sentado diversos precedentes que han incidido en la calidad de la democracia mexicana.

##### - *Jurisprudencia*

A la fecha, el TEPJF ha aprobado 33 jurisprudencias y 30 tesis relevantes, sumando un total de 63 criterios relevantes y obligatorios en temas de cuotas de género, propaganda político-electoral, paridad de género y violencia política de género<sup>20</sup>.

Uno de los criterios más importantes establece que, en los casos de impugnaciones relacionadas con medidas vinculadas al derecho fundamental de paridad de género, cualquier mujer tiene interés legítimo para solicitar su tutela, dado que pertenece a un colectivo a favor del cual se busca instaurar la medida impugnada. Esto significa que se otorga a las mujeres un interés legítimo para acudir a solicitar la tutela del principio constitucional de paridad de género en la postulación de candidaturas<sup>21</sup>.

Asimismo, ha definido los elementos fundamentales de las acciones afirmativas, como medidas temporales para garantizar el ejercicio de los derechos político-electorales de las personas que pertenecen a grupos históricamente discriminados o vulnerables<sup>22</sup>:

- Objeto y fin: garantizar la igualdad material, compensar o remediar situaciones de injusticia, desventaja o discriminación, y alcanzar una representación equilibrada. Además, se busca establecer las condiciones mínimas para que todas las personas partan del mismo punto de arranque y desplieguen sus capacidades.
- Destinatarias: personas y grupos en situación de vulnerabilidad, desventaja o discriminación, para que gocen y ejerzan efectivamente sus derechos.

---

<sup>20</sup> 21 jurisprudencias y 17 tesis relevantes corresponden a la actual integración.

<sup>21</sup> Jurisprudencia 8/2015, *Interés legítimo. Las Mujeres lo tienen para acudir a solicitar la tutela del principio constitucional de paridad de género en la postulación de candidaturas a cargos de elección popular*, en *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, n. 16, 2015, 18-20.

<sup>22</sup> Jurisprudencia 11/2015, *Acciones afirmativas. Elementos fundamentales*, en *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, n. 16, 2015, 13-15.

- Conducta exigible: se reconocen las "acciones afirmativas" como medidas temporales y objetivas destinadas a lograr la igualdad material, reforzando las cuotas electorales previstas en la legislación.

En cuanto a las disposiciones normativas sobre postulación paritaria, cuotas de género o medidas afirmativas temporales por razón de género, el TEPJF ha sostenido que deben interpretarse y aplicarse procurando el mayor beneficio para las mujeres, incluso si no contemplan criterios interpretativos específicos.<sup>23</sup>

Por otro lado, el TEPJF ha definido los elementos necesarios para acreditar la violencia política de género<sup>24</sup>:

1. Ocurre en el marco del ejercicio de derechos político-electorales o durante el desempeño de un cargo público.
2. Es perpetrada por el Estado, agentes, superiores jerárquicos, colegas, partidos políticos, representantes, medios de comunicación, particulares o grupos.
3. Puede ser simbólica, verbal, patrimonial, económica, física, sexual o psicológica.
4. Tiene como objetivo o resultado menoscabar o anular el ejercicio de los derechos político-electorales de las mujeres.
5. Se basa en elementos de género, es decir, se dirige a una mujer por ser mujer, tiene un impacto diferenciado en ellas y afecta desproporcionadamente a las mujeres.

En este mismo sentido, también se ha considerado que se puede perder o negar el registro de una candidatura, por no cumplir con el requisito de tener un modo honesto de vida a aquellas personas que hayan sido sancionadas por delitos de violencia política en razón de género<sup>25</sup>.

Lo anterior, porque la realización de ese tipo de violencia vulnera los derechos fundamentales de las mujeres y los principios de representatividad y gobernabilidad. De ahí que, cuando una persona incurre en ese tipo de violencia, existe la posibilidad de que se le considere inelegible para el cargo al cual aspira.

Para ello, es necesario que la correspondiente autoridad jurisdiccional electoral, mediante sentencia firme, decida si, conforme a las circunstancias del caso concreto, una persona perdió el modo honesto de vivir, como requisito de elegibilidad, por haber incurrido en ese tipo de violencia. Esto, con el fin de

---

<sup>23</sup> Jurisprudencia 11/2018, *Paridad de género. La interpretación y aplicación de las acciones afirmativas debe procurar el mayor beneficio para las mujeres*, en *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, n. 21, 2018, 26-27.

<sup>24</sup> Jurisprudencia 21/2018, *Violencia política de género. Elementos que la actualizan en el debate político*, en *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, n. 22, 2018, 21-22.

<sup>25</sup> Jurisprudencia 5/2022, *Inelegibilidad. Podría actualizarse cuando en una sentencia firme se determina que una persona carece de modo honesto de vivir por incurrir en violencia política contra las mujeres en razón de género*, en *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, n. 27, 2022, 32-34.

implementar acciones que garanticen la protección de las mujeres en contra de actos constitutivos de violencia política, para erradicar este tipo de conductas antisociales, además de establecer las medidas necesarias, suficientes y bastantes para garantizar los derechos político-electorales de la víctima.

En cuanto a las medidas de protección en contra de la violencia política, el TEPJF ha determinado que, en casos urgentes en los que exista riesgo inminente para la vida, integridad y/o libertad de quien las solicita, pueden ser emitidas de manera cautelar, aun por autoridades electorales que carecen de competencia para conocer del asunto y su vigencia debe ser durante el tiempo necesario hasta que la autoridad competente se pronuncie sobre esta cuestión<sup>26</sup>.

Lo anterior se justifica por la urgencia de otorgarlas e impone a estas realizar un análisis, respecto de la pertinencia para que las medidas sean concedidas, tomando en consideración los derechos que se encuentran en riesgo, lo que requiere un mayor escrutinio, ponderando la protección urgente de la víctima sobre la competencia de la autoridad a la que le fueron solicitadas.

Así mismo se ha determinado que las medidas de protección ordenadas a favor de mujeres ante hechos de violencia política en razón de género pueden mantenerse vigentes aun después de cumplida la sentencia en que se dictaron, hasta en tanto las requiera la víctima, a fin de garantizar el respeto a sus derechos humanos y salvaguardar plenamente su integridad<sup>27</sup>.

En materia electoral, estos criterios han sido fundamentales para avanzar hacia la igualdad material o sustantiva entre mujeres y hombres. Han servido de base para reformas constitucionales y legales, incluyendo la obligación de establecer medidas que garanticen la paridad y el desarrollo de criterios para combatir la violencia política de género, en su momento carente de regulación.

- *Criterios de sentencias relevantes*

En cuanto a la metodología empleada para juzgar con perspectiva de género, tal y como se ha precisado anteriormente, el TEPJF ha buscado resolver casos considerando las desigualdades estructurales entre hombres y mujeres. A continuación, se destacan algunos de los criterios aplicados:

El TEPJF ha reconocido que la identidad de género es una vivencia interna y subjetiva que se exterioriza mediante la expresión de género, y que no requiere pruebas médicas, psicológicas ni acciones adicionales para su reconocimiento por parte del Estado. Asimismo, se ha establecido el deber del Estado de adoptar

---

<sup>26</sup> Jurisprudencia 1/2023, *Medidas de protección. En casos urgentes, podrán ordenarse por autoridad electoral diversa a la competente para resolver el fondo de la queja, cuando exista riesgo inminente de afectar la vida, integridad y libertad de quien las solicita*, en *Gaceta Jurisprudencia y Tesis en materia electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, n. 28, 2023, 19-20.

<sup>27</sup> Jurisprudencia 12/2022, *Violencia política en razón de género. Las medidas de protección pueden mantenerse, después de cumplida la sentencia, en tanto lo requiera la víctima*, en *Gaceta Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, n. 27, 2022, 47-49.

acciones positivas para garantizar el acceso a oportunidades equitativas entre grupos vulnerables y el resto de la población.

El derecho de autoidentificación de género es suficiente para que una persona pueda ser registrada para un cargo de elección popular dentro del género con el cual se autopercibe. Esta autoidentificación no afecta el principio de paridad de género, ya que el Estado debe garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el reconocimiento de la identidad de género. Sin embargo, si existen indicios de que la autoadscripción tiene fines indebidos, el órgano electoral tiene la obligación de analizar la situación sin generar actos de discriminación<sup>28</sup>.

En este contexto, la autoadscripción simple se ha establecido como el mecanismo idóneo para reconocer la identidad de género en armonía con el principio de paridad.

Por otro lado, se ha determinado que los partidos políticos deben garantizar la paridad en la integración de sus estructuras organizativas internas<sup>29</sup>, dado que es un estándar constitucional que garantiza la participación efectiva de las mujeres<sup>30</sup>.

También se ha resuelto la compatibilidad entre el derecho a la igualdad y el mérito en los concursos para el Servicio Profesional Electoral, permitiendo armonizar las medidas y fines del aparato organizacional<sup>31</sup>.

Finalmente, el TEPJF ha aclarado que el haber sido electo para un cargo público no otorga automáticamente el derecho a ser postulado nuevamente, y que la postulación paritaria en bloques de competitividad no altera la regla de alternancia bajo el principio de paridad vertical de candidaturas. La reelección no es garantía de permanencia y no prevalece sobre la paridad ni sobre la autodeterminación de los partidos políticos<sup>32</sup>.

En conclusión, al revisar los criterios jurisprudenciales y las sentencias emitidas desde esta óptica, se observan que las resoluciones emitidas por el Tribunal Electoral han tenido apoyo en las siguientes líneas generales:

- El ejercicio efectivo de los derechos político-electorales debe realizarse evitando actos discriminatorios.
- Debe considerarse la existencia de un contexto de desigualdad histórica y estructural que afecta al género femenino en el acceso a cargos de elección popular o de relevancia en partidos y autoridades electorales.
- Es crucial identificar los desequilibrios de poder entre las partes que surgen como consecuencia del género.

---

<sup>28</sup> SUP-RAP-304/2018 y acumulados.

<sup>29</sup> SUP-JDC-123/2019.

<sup>30</sup> Jurisprudencia 20/2018, *Paridad de género. Los partidos políticos tienen la obligación de garantizarla en la integración de sus órganos de dirección*, en *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, n. 22, 2018, 20-21.

<sup>31</sup> SUP-JDC-141/2019 y acumulados.

<sup>32</sup> SUP-JDC-35/2018.

- La dimensión de género debe incorporarse desde una visión de protección de los derechos humanos, con bases normativas constitucionales y convencionales.

Las restricciones que dificulten el ejercicio de estos derechos por parte de grupos vulnerables deben ser mínimas y justificadas, atendiendo a la máxima protección de los derechos humanos.

## 5. Desafíos persistentes y lecciones aprendidas

En la medida en que el TEPJF ha emitido los criterios anteriormente reseñados, ha advertido que, paradójicamente, a mayor participación política de las mujeres, mayor violencia y que tales escenarios empeoran cuando se encuentran en una situación de desventaja adicional como contar con una discapacidad, carecer de recursos económicos, la imposibilidad de hablar el idioma español, vivir en un contexto social alejado o ausente de medios de comunicación eficientes.

La experiencia ha demostrado que las mujeres no solo experimentan obstáculos para participar en la contienda electoral, sino también cuando llegan a ser candidatas y son electas, atravesando por situaciones que las ponen en mayor desventaja.

### - *Retos persistentes en todas las fases electorales*

Al inicio de la contienda, generalmente están sujetas a la negación de recursos y la postulación en espacios con posibilidades de ganar, así como el otorgamiento de menos redes de apoyo, lo que las afecta desproporcionadamente. Efectivamente, la mayoría de las veces, se les niegan los montos que les corresponden para su postulación y existen diferencias entre los recursos materiales y humanos que reciben comparativamente frente a los hombres.

Durante las campañas, la violencia igualmente puede manifestarse con ataques y cuestionamientos sobre su capacidad para el ejercicio de los cargos, los spots reafirman estereotipos de género como que las mujeres son manipulables y malas líderes, e incluso llegan a ser atacadas en su honorabilidad refiriendo cuestiones estéticas y sexuales.

Durante el ejercicio del cargo, la violencia también se hace presente mediante la simulación, límite, obstaculización y menoscabo de sus facultades u obligaciones como autoridades o representantes de elección popular. En efecto, cuando las mujeres resultan electas, se advierte que quien en realidad ejerce el cargo es otra persona, generalmente un hombre, situación solapada por los propios miembros del gobierno y partidos políticos. Por lo que, no basta con lograr una postulación paritaria de candidaturas, si la integración final del órgano no coincide con el propósito de la norma, que es lograr la paridad efectiva. En otros casos, se recurre a la obstaculización mediante el ocultamiento de información, falta de convocatorias a las sesiones o reuniones de trabajo, negativa

de pago de sueldos o dietas y de recursos materiales y humanos para el desempeño de sus funciones. Asimismo, se dan casos de intimidación, presión para la firma de documentos en blanco, falta de transparencia en cuestiones financieras, amenazas, atentados, cambio de sus funciones por unas de menor jerarquía, violencia sexual, entre otros.

Ante tales escenarios, se ha advertido que el reto crucial continúa siendo la violencia política en razón de género en todas sus vertientes, obligando a que el TEPJF se prepare para intervenir de manera efectiva, eficaz y oportuna en su atención.

- *Creación de la Defensoría especializada*

Por ello, además de implementar la metodología de juzgar con perspectiva de género, se consideró que resultaba de vital importancia desarrollar, al interior del TEPJF, un organismo encargado de mejorar las condiciones del ejercicio de los derechos de las mujeres y que participen en todas las fases de la vida político-electoral.

Bajo esa lógica, en abril de este año, se creó una Defensoría especializada en violencia política en razón de género contra las mujeres, con una estructura idónea para atender las solicitudes sobre la prestación de servicios de defensa y permitiera el acceso a la justicia, a través de un acompañamiento jurídico especializado, gratuito y con solvencia técnica que garantizará una defensa adecuada de sus derechos político-electorales con un enfoque interseccional e intercultural.

Si bien el propio TEPJF ya contaba con una Dirección General de Igualdad de Derechos y Paridad de Género del Tribunal, encargada de implementar los proyectos y acciones tendentes a la protección y la promoción de la no discriminación e igualdad entre mujeres y hombres – principalmente en cuanto al ejercicio de sus derechos político-electorales, así como de institucionalizar el enfoque de la perspectiva de género dentro del Tribunal Electoral – lo cierto es que las funciones de la Defensoría especializada se distinguirán por enfocarse prioritariamente en los asuntos de violencia política en razón de género, entendiendo a los derechos político-electorales de las mujeres en sentido amplio, que van más allá de las elecciones y de los cargos que derivan de estas, brindando una justicia integral y especializada.

## 6. Conclusiones

El camino emprendido para atajar la violencia política de género y fortalecer la paridad electoral en México ha sido largo, pero fructífero. Tan es así que, el pasado 2 de julio, el país puso a prueba la fortaleza de su democracia con el proceso electoral más grande de su historia, logrando la paridad total en las Cámaras del Congreso de la Unión, en las elecciones de las 8 Gubernaturas de

Estado y la Jefatura de gobierno de la Ciudad de México, y reconociendo a la primera mujer como Presidenta electa de la República.

No obstante, aun cuando las mujeres han ganado terreno en la política, estos avances pueden ser frágiles y revertirse. Hablar de paridad no significa que únicamente exista una representación equitativa y separada para cada género, sino que hombres y mujeres se arroguen la posibilidad de una representación de carácter universal. Las mujeres no solo representan a mujeres; los hombres no solo representan a hombres, sino que la condición mixta y universal de la humanidad debería encontrar su expresión en la definición de pueblo, de democracia y en los principios de la vida política, sin que las mujeres se afirmen ni comparen como hombres<sup>33</sup>.

La violencia política de género constituye el principal obstáculo para lograrlo e incide sobre la calidad de las democracias, en especial en lo referido a los principios de igualdad y justicia. En términos de Dubravka Šimonović, resulta inconcebible pensar la dinámica democrática cuando más de la mitad de la población mundial tiende a ejercer sus derechos políticos y electorales siendo acompañados por manifestaciones de violencia de género asociadas a la competencia político electoral<sup>34</sup>. En tal sentido, es un obstáculo significativo para la plena participación de las mujeres en la política y, aunque las manifestaciones y contextos pueden variar, es un desafío compartido tanto por México como por muchos países europeos.

Una justicia electoral con perspectiva de género no solo permite atajarla de manera más eficiente, sino que también puede ayudar a consolidar y proteger los logros alcanzados, garantizando que las políticas de igualdad no sean solo temporales o simbólicas, sino que se traduzcan en cambios estructurales duraderos.

Juzgar con perspectiva de género implica que las autoridades y operadores judiciales no solo tengan conocimiento de los instrumentos nacionales e internacionales en materia de derechos humanos, sino también que tengan la visión suficiente para evitar lugares comunes y estereotipos que perpetúen escenarios violentos o incluso revictimicen a las mujeres por tener un panorama limitado sobre su papel en la sociedad. De la misma forma, coadyuva en la comprensión sobre la urgente necesidad de contar con una sociedad incluyente, paritaria e igualitaria como requerimiento inexcusable de una democracia verdaderamente representativa.

Ante lo indicado, también resulta fundamental que existan responsabilidades institucionales, porque cuando se habla de participación político-electoral y de

---

<sup>33</sup> AGACINSKI, *Política de sexo*, en *Revista de Antropología Social*, 2000, 251-253. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/838/83800919.pdf>

<sup>34</sup> ONU, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos*, Nueva York, 2018, 5-11. Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g18/184/61/pdf/g1818461.pdf>

representación política, se presentan diversas aristas en las cuales la institucionalidad pública debe intervenir dentro de su propio margen de actuación y responsabilidad, para brindar mejores niveles de coordinación, garantía, defensa y protección de derechos.

Asimismo, se deben acompañar las acciones afirmativas con mecanismos que fomenten una justicia abierta e inclusiva, accesible y sensible a los contextos de desigualdad e informativa sobre las diversas vías jurisdiccionales electorales con las que cuentan las personas en el tema de la violencia contra las mujeres en la vida política.

Por su parte, los organismos electorales deben trabajar en formatos, guías o protocolos específicos de acción en el ámbito electoral que permitan establecer los pasos pertinentes para la resolución de controversias, de acuerdo con su legislación interna y en cumplimiento a la normativa internacional suscrita y ratificada por cada país.

Adicionalmente, resulta fundamental la implementación de cursos y profesionalización del personal jurisdiccional, para que las resoluciones electorales cuenten con esta perspectiva de género e interseccional, y se generen jurisprudencia sobre la paridad y formas de erradicar la violencia contra las mujeres en la vida política, para promover y fortalecer la democracia paritaria.

En ese sentido, el poder que tienen las sentencias para reparar, en términos jurídicos y simbólicos, a las mujeres que sufren violaciones a sus derechos político-electorales, es fundamental para la maximización de derechos humanos y el bienestar democrático.

En tanto las mujeres participen de manera equitativa en los órganos de representación, es más probable que se aborden temas de urgencia y se promuevan políticas que reflejen las necesidades y perspectivas de toda la población. La justicia electoral con perspectiva de género es, por lo tanto, un pilar para construir una democracia verdaderamente incluyente y representativa de la población.

## **LOS DERECHOS DE LAS MUJERES ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO<sup>°</sup>**

**Tania Busch Venthur**

*Profesora Asistente de la Universidad Andrés Bello*

*El trabajo aborda la evolución de la jurisprudencia del Tribunal constitucional chileno en materia de derechos de las mujeres. Sentencias recientes incorporan la perspectiva de género, distanciándose del rol conservador u hostil a las demandas de las mujeres que por décadas caracterizó al Tribunal. El giro interpretativo coincide con el aumento de mujeres en la integración de la justicia constitucional y con procesos constituyentes en los que el movimiento feminista fue protagonista.*

*Il lavoro affronta l'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale cilena sui diritti delle donne. Le recenti pronunce incorporano la prospettiva di genere, prendendo le distanze dal ruolo conservatore o ostile alle istanze femminili che ha caratterizzato la Corte per decenni. La svolta interpretativa coincide con l'aumento delle donne all'interno della Corte e con processi costituenti in cui il movimento femminista è stato protagonista.*

*The work addresses the evolution of the jurisprudence of the Chilean Constitutional Court on women's rights. Recent rulings incorporate the gender perspective, distancing themselves from the conservative or hostile role towards women's demands that characterized the Court for decades. The interpretative turning point coincides with the increase in women within the Court and with constituent processes in which the feminist movement was a protagonist.*

### **Sumario:**

1. Introducción
2. El contexto constitucional chileno y el Tribunal constitucional
3. El Tribunal constitucional y las mujeres: una historia de tensiones
4. El giro jurisprudencial: de un tribunal hostil a los derechos de las mujeres a la incorporación de la perspectiva de género
5. Conclusiones

---

<sup>°</sup> Ensayo sometido a revisión por pares doble ciego.

## 1. Introducción

El presente trabajo busca describir la evolución de la jurisprudencia del Tribunal constitucional chileno (en adelante TC) en materia de derechos de las mujeres. La relación entre el TC y los avances legislativos y constitucionales en materia de género cuenta una historia de desencuentros. No obstante, la justicia constitucional chilena ha mostrado un giro en los últimos años, al observarse una tendencia a la incorporación de la perspectiva de género en la argumentación de sus sentencias<sup>1</sup>. En ausencia de disposiciones constitucionales que habiliten esta perspectiva, el TC ha utilizado el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH) para incorporar en el examen de constitucionalidad los derechos de las mujeres. Este giro interpretativo marca distancia del rol conservador, incluso hostil, respecto de los avances en materia de género que por décadas caracterizó al TC en el orden constitucional chileno.

Para efectos de esta investigación la expresión “derechos de las mujeres” hace referencia a los contenidos normativos que, tomando la forma de derechos, principios o mandatos al legislador, impactan en la vida de las mujeres y su situación de desventaja estructural, ya sea que se encuentren establecidos por el DIDH<sup>2</sup> o que han sido identificados por la literatura como relevantes para la situación de las mujeres en cuanto grupo preterido<sup>3</sup>.

La cuestión merece una mirada atenta, ya que el giro interpretativo que se afirma resulta contraintuitivo para la doctrina constitucional chilena. En primer lugar, hay que advertir que se trata de una corte que garantiza la vigencia de una constitución que no cuenta con disposiciones que incorporen explícitamente los derechos de las mujeres en su texto. Otro elemento relevante es el TC ha sido considerado por largo tiempo en Chile como un órgano que reforzó el orden constitucional heredado de la dictadura cívico militar. A diferencia de otras cortes constitucionales de la región, reconocidas por su papel en la ampliación de derechos, en Chile el TC ha sido entendido como un elemento de pervivencia del proyecto constitucional autoritario y los principios conservadores que lo caracterizaron. A lo anterior se suma que su jurisprudencia por largo tiempo se

---

<sup>1</sup> Esta investigación se refiere sólo a los casos que se han identificado respecto de derechos de las mujeres y no incorpora en el análisis sentencias referidas a derechos de las personas de las diversidades sexogenéricas. Si es posible identificar un giro interpretativo en relación con estos derechos es materia abierta a futuras investigaciones.

<sup>2</sup> Principalmente la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW, y la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como convención Belém do Pará, así como los estándares internacionales que los respectivos sistemas han desarrollado.

<sup>3</sup> Ver a IRVING, *Gender and the Constitution. Equity and Agency in Comparative Constitutional Design*, Cambridge, 2008; R. RUBIO MARÍN, *Mujeres y procesos constituyentes contemporáneos: retos y estrategias de participación*, en *Revista de Estudios Políticos*, n. 187, 2020, 48.

mostró reticente a la utilización del DIDH<sup>4</sup>.

No obstante, durante los últimos años es posible observar un cambio en la hermenéutica. Fundándose en instrumentos internacionales, ha abrazado la perspectiva de género cuando conoce causas que involucran derechos de las mujeres. En las páginas que siguen se analizará el contexto constitucional chileno y cómo se ha insertado el TC dentro de la discusión sobre la necesidad de una nueva constitución. En el trabajo se describe la historia de tensión entre los movimientos de mujeres y el TC a propósito de algunos casos emblemáticos. Se explican también los cambios recientes en la composición del tribunal, que ha pasado de tener una integración de varones a una mayoría de juezas constitucionales. Luego se analizarán algunas sentencias recientes en que el tribunal explícita o implícitamente adopta la perspectiva de género para resolver los asuntos sometidos a su conocimiento. Esa incorporación se ha apoyado fuertemente en instrumentos del sistema universal e interamericano de protección de los derechos humanos. El giro interpretativo ha coincidido con la incorporación creciente de mujeres a la integración del TC, así como con un clima de intenso debate constitucional a nivel académico, político y de la población en general que ha buscado, aunque sin éxito, dotar a Chile de una nueva constitución elaborada en democracia.

## 2. El contexto constitucional chileno y el Tribunal constitucional

No resulta posible estudiar el rol del TC y la percepción que existe a su respecto, sin referencia a las particularidades de la constitución vigente en Chile. En los últimos años Chile ha concitado atención internacional de los constitucionalistas por sus sucesivos intentos de dejar atrás la constitución de 1980 y reemplazarla por una carta fundamental originada en democracia. Los procesos chilenos han dado lugar a fenómenos inéditos en materia de cambio constitucional, como son haber instalado la primera asamblea constituyente paritaria del mundo, o ser el único país que ha rechazado dos proyectos de constituciones sucesivos por el voto de la ciudadanía.

La constitución vigente es la carta de 1980, originada durante la dictadura cívico militar de Augusto Pinochet. Esta fue escrita por una comisión de juristas adherentes del régimen de facto<sup>5</sup>, y fraudulentamente plebiscitada el año 1980. El proyecto constitucional autoritario se caracterizó por un sello conservador en lo valórico y neoliberal en lo económico. La dictadura militar chilena instaló una visión de sociedad tradicional. Esto se reflejó en el discurso oficial del régimen,

---

<sup>4</sup> SFERRAZZA TAIBI - MÉNDEZ ROYO - BOFILL CHÁVEZ, *La aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en Chile: diagnósticos y propuestas para una nueva Constitución transformadora*, en *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2021.

<sup>5</sup> Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) o Comisión Ortúzar, por su presidente.

que instaló el concepto de “mujer chilena” como una categoría que afianzaba el discurso identitario del nuevo orden político y cultural iniciado por el golpe de Estado de 1973<sup>6</sup>. Este concepto exaltaba la imagen de la madre y esposa, cuyo “rol natural” se encuentra en el espacio lo doméstico y lo privado.

Los roles tradicionales de género dominaron el proceso de redacción de la constitución de 1980. De los once integrantes que tuvo de la comisión encargada de elaboración de la carta, sólo dos mujeres participaron como comisionadas<sup>7</sup>. Pese a este ambiente poco favorable para la igualdad entre hombres y mujeres, el punto sí fue discutido durante la preparación del texto. La Comisión Ortúzar propuso en su acta n. 3 consagrar que «el hombre y la mujer gozan de iguales derechos». No obstante, la fórmula no fue aceptada por la junta militar y dicha disposición no llegó a integrar el texto final, que dispuso la redacción «los hombres son iguales ante la ley»<sup>8</sup>.

El proceso de recuperación de la democracia chilena se inició luego de que el régimen perdiera el plebiscito de 1988, contemplado en la propia Constitución de 1980. La transición chilena no rompió con el orden constitucional diseñado por la dictadura. El pacto que la hizo posible implicó mantener el marco constitucional<sup>9</sup>. Sucesivas reformas constitucionales posteriores buscaron morigerar su carácter autoritario y la obtención progresiva de una legitimidad constitucional que nunca llegó del todo<sup>10</sup>. Las reformas significaron una disminución sustantiva del carácter autoritario del régimen político, especialmente en lo relativo a la organización del poder.

Sin embargo, en materia de derechos en general y de las mujeres en particular, el cambio fue discreto. La única reforma en este sentido se aprobó en 1999. Se modificó la redacción del principio constitucional de igualdad. El texto original decía «los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos». La reforma del 1999 cambia la expresión del masculino genérico «hombres» por «personas», quedando redactado como «las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos». Asimismo, la reforma agregó una nueva frase al artículo que establece el derecho a la igualdad, disponiéndose ahora «los hombres y mujeres son iguales ante la ley». El potencial transformador que se atribuyó inicialmente a esta reforma resultó insuficiente para mejorar las condiciones jurídicas de las

---

<sup>6</sup> ISLA, *Dictadura militar y construcción identitaria: La categoría 'Mujer Chilena'*, en *Revista Estudios de Políticas Públicas*, 2017, 171-185.

<sup>7</sup> Alicia Romo Román y Luz Bulnes Aldunate.

<sup>8</sup> La cuestión permanecería inalterada hasta la reforma constitucional del año 1999. SEPÚLVEDA, *Género y Derecho Público*, Santiago, 2020, 134.

<sup>9</sup> La transición a la democracia se contemplaba en el mismo texto de la Constitución de 1980. Así, la dictadura cívico militar aseguraba mantener influencia más allá de su término.

<sup>10</sup> HEISS - SZMULEWICZ, *La Constitución política de 1980*, en HUNEEUS - AVENDAÑO (eds.), *El sistema político de Chile*, 2018, 57-83.

mujeres<sup>11</sup>. Esto se explica, en parte, por la concepción de igualdad formal que ha constituido el entendimiento mayoritario sobre este derecho en Chile, sin que hasta hoy exista un reconocimiento constitucional expreso de la igualdad sustantiva<sup>12</sup>. Así, el texto actualmente vigente no contiene disposiciones constitucionales que habiliten la incorporación de la perspectiva de género, habiéndose avanzado – al menos en lo formal del texto – bastante poco desde la redacción del texto original<sup>13</sup>.

La opción de mantener la Constitución de 1980 significó que ésta nunca pudiera ser apropiada por el pueblo. La subsistencia de las reglas del juego impuestas por el régimen generaron una incomodidad constitucional que con el tiempo se incrementó<sup>14</sup>. Es así como durante la última década, el país ha realizado sucesivos intentos de resolver su problema constitucional, pasando por tres procesos que buscaron – sin éxito – dotar a Chile de una nueva Constitución originada en democracia<sup>15</sup>. De estos procesos constitucionales, el intento de cambio constitucional realizado entre 2020 y 2022 dio lugar a la primera asamblea constituyente paritaria en el mundo, y un proyecto de constitución que avanzaba significativamente en los derechos de las mujeres, las diversidades sexo genéricas y otros grupos preteridos. La experiencia de la primera asamblea constituyente paritaria concitó interés internacional, y la literatura ha abordado la participación de mujeres y la experiencia de paridad en el proceso que terminó con el proyecto de 2022 tanto desde el derecho como desde la ciencia política<sup>16</sup>. Aunque ninguno de los procesos resolvió el problema constitucional, el prolongado itinerario

---

<sup>11</sup> LAGOS -MORALES, *La Constitución y las mujeres. Un análisis con perspectiva de género*, en ARCE RIFFO (ed.). *El Estado y las mujeres. El complejo camino hacia una necesaria transformación de las instituciones*, Santiago, 2018, 333-351

<sup>12</sup> ESPARZA REYES, *Algunas reflexiones críticas sobre el derecho a la igualdad como no discriminación en Chile*, en *Cuestiones Constitucionales*, n. 40, 2019, 3-37.

<sup>13</sup> MARTÍNEZ DE ARAGÓN LÓPEZ, *La igualdad de mujeres y hombres en el constitucionalismo contemporáneo: Análisis comparado en el ámbito regional de América Latina*, Granada, 2023, 220.

<sup>14</sup> BUSCH VENTHUR, *El concepto de Constitución y la incomodidad constitucional en Chile*, en *Global Jurist*, 2012.

<sup>15</sup> Tres procesos constitucionales que han dado origen a tres proyectos de nueva Constitución: El proyecto presentado en el segundo gobierno de Michelle Bachelet en 2018, el proyecto elaborado por la Convención Constitucional de 2022 y la propuesta del Consejo Constitucional de 2023.

<sup>16</sup> Ver desde el derecho, HENRÍQUEZ VIÑAS, *La futura Constitución chilena será escrita con mujeres*, en *IgualdadES*, 2021, 349-369; ZÚNIGA AÑAZCO, *La paridad constitucional. Raíces y proyecciones*, en *Anuario de Derecho Público*, 2021, 65-80; SÁNCHEZ LOBOS - FIGUEROA RUBIO, *Participación política de las mujeres en el proceso constituyente chileno*, en *Revista de Derecho Político*, n. 113, 2022, 223-243; PONCE DE LEÓN SOLÍS, *La paridad de género en el proceso constituyente chileno. Alcances, expectativas y desafíos*, en *Revista de Derecho Político*, n. 112, 2021, 383-413; PÉREZ PORTILLO, *La necesidad colectiva de inclusión y de paridad de la mujer en la constituyente chilena del 2022*, en *Verba Iuris*, n. 50, 2023, 53-61; RECHE TELLO, *Democracia paritaria y debates sobre la paridad en el proceso constitucional chileno: desafíos para el futuro*, en *IgualdadES*, 2022, 475-510. Desde la ciencia política ver ARCE-RIFFO - SUÁREZ-CAO, *La paridad chilena y la lucha por una representación efectiva de las mujeres en política*, en *Anuario de Derecho Público*, 2021, 129-147.

constitucional dio lugar a casi una década<sup>17</sup> de discusión política y académica. Esta profunda reflexión nacional en torno a lo constitucional dejará aprendizajes en diversas materias. Es lo que interesa a este trabajo, resultará de relevancia para la interpretación constitucional que realiza el TC en materia de derechos de las mujeres, pese a tener una Constitución que no contempla más que una cláusula relativa a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, pensada en clave de igualdad formal.

El sistema de justicia constitucional chileno ha experimentado una importante crisis de legitimidad en la última década, que profundizó a medida que se intensifica el debate público sobre la necesidad de una nueva Constitución en Chile. La objeción democrática, que enfrenta toda justicia constitucional, en Chile se ve agravada por la falta de legitimidad de la constitución que el TC está llamado a resguardar. Además, el rol del TC en el sistema político chileno es ajeno al modo en que la literatura caracteriza a la justicia constitucional latinoamericana, que suele asociarla con procesos de ampliación de derechos. Por el contrario, durante la mayor parte de su vigencia, el TC ha jugado un rol conservador del status quo, constriñendo los avances de las mayorías democráticas. ES así como se ha considerado al tribunal como una pieza importante en la mantención del proyecto constitucional autoritario. Couso y Coddou sostendrán que el TC «contribuye a perpetuar los valores y principios que la dictadura militar pretendió “congelar” en la Constitución de 1980», caracterizándose como uno de los enclaves autoritarios que permanecen en la Constitución, a pesar de sus sucesivas reformas<sup>18</sup>. La crítica al carácter antidemocrático del TC se fue agudizando conforme crecía la demanda por un cambio constitucional<sup>19</sup> y durante la década pasada el rol del TC en la democracia será uno de los tópicos más relevantes dentro de la discusión constitucional chilena. Algunos propondrán derechamente su eliminación. Hoy, fracasados los intentos de cambio constitucional, el TC se enfrenta a la aporía de justificar la garantía de la supremacía de una constitución que sigue vigente en lo formal, pero que ha sido severamente erosionada en su legitimidad.

La interpretación constitucional no es impermeable a la historia y la contingencia, y los procesos de cambio constitucional recientes han implicado un cambio de mirada sobre los criterios hermenéuticos de la justicia constitucional chilena. La cuestión ha sido abordada expresamente en apariciones públicas de las representantes del tribunal. La ex presidenta del TC, ministra Nancy Yáñez sostuvo que «[c]errado el proceso constituyente, al menos en estos dos hitos constitucionales, sentimos es que tenemos un mandato de la ciudadanía a aplicar

---

<sup>17</sup> El proceso de Bachelet se inició en 2015. La literatura sobre contenidos para una nueva Constitución se remonta todavía más atrás.

<sup>18</sup> COUSO - CODDOU, *Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena*, en C. FUENTES (ed.), *En nombre del pueblo: Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Santiago, 2010, 191-213.

<sup>19</sup> AHUMADA, *El Tribunal Constitucional en Chile: tres ensayos de justicia constitucional*. en HUNEEUS - AVENDAÑO (eds.) *El sistema político de Chile*, Santiago, 2018, 379-410.

esta constitución a través de lo que los abogados decimos la hermenéutica constitucional: Interpretando esta constitución de una manera que sea acorde a los tiempos. Es decir, que responda a las necesidades de la gente. Porque lo que hace el [tribunal] constitucional es interpretar las normas constitucionales y que la constitución no sea un cuerpo anquilosado, si no un cuerpo dinámico que se ajuste a los tiempos y a las necesidades de la ciudadanía»<sup>20</sup>. En un sentido similar se ha pronunciado la actual presidenta del TC, ministra Daniela Marzi, quien afirmó que la constitución actual, después de los plebiscitos, «admite interpretaciones que pueden ser más progresistas»<sup>21</sup>.

### 3. El Tribunal constitucional y las mujeres: una historia de tensiones

Históricamente, la relación entre el TC y las mujeres ha sido difícil. Durante las primeras dos décadas de este siglo, el tribunal va a tener un papel relevante en relación con los derechos sexuales y reproductivos. A diferencia de algunos de sus pares latinoamericanos, el rol del TC en la materia no estará del lado de los movimientos de mujeres. Por el contrario, algunas de sus sentencias más controversiales han frenado el avance para los derechos de las mujeres que se impulsaron desde el Ejecutivo durante los gobiernos de la presidenta Michelle Bachelet. Esto explica que autoras como Sepúlveda sostienen que el TC ha operado como sustituto de la voluntad del legislador imponiendo la de los jueces constitucionales en el proceso legislativo: más allá del control de constitucionalidad, en la práctica, – dirá esta autora – lo que el tribunal pareciera estar resguardando una batería de valores y principios morales conservadores<sup>22</sup>.

Una disposición clave en este sentido se encuentra en el artículo 19 n. 1 de la Constitución. Este garantiza el derecho a la vida de todas las personas, y en seguida su texto consagra la frase «La ley protege la vida del que está por nacer». Esta fórmula ha resultado decisiva en dos casos de alto perfil público y político que involucran derechos sexuales y reproductivos, abonando la idea de un TC contrario a los derechos de las mujeres.

Un caso emblemático será el llamado “caso píldora”. La sentencia STC 740-2007 frenó la política pública de distribución gratuita de píldoras de anticoncepción de emergencia en centros de salud pública que había sido dispuesta por el Ministerio de salud durante el primer gobierno de Bachelet. Un grupo de parlamentarios opositores interpusieron un requerimiento de

---

<sup>20</sup> Entrevista de 26 de marzo de 2024, programa “Última mirada” <https://www.youtube.com/watch?v=PTcvWAYcn4w>

<sup>21</sup> Entrevista de 13 de julio de 2024, Diario El País <https://elpais.com/chile/2024-07-13/daniela-marzi-nueva-presidenta-del-tc-la-constitucion-chilena-admite-interpretaciones-que-pueden-ser-progresistas.html>

<sup>22</sup> SEPÚLVEDA HALES, *Género y derecho público. La construcción jurídica de la ciudadanía de las mujeres*, Santiago, 2020, 140.

inconstitucionalidad contra el decreto supremo n. 48 de 2007 que establecía las normas nacionales sobre regulación de fertilidad. La argumentación del fallo – pronunciado por un tribunal integrado por nueve varones y sólo una mujer – ignoró por completo en su argumentación los derechos sexuales y reproductivos, concentrándose sus consideraciones en los eventuales efectos abortivos de la llamada *píldora del día después*. Interpretó el TC que la disposición que establece la protección de *el que está por nacer* implicaba otorgar titularidad iusfundamental al feto. Conforme al razonamiento anterior, los eventuales efectos abortivos de la anticoncepción de emergencia importarían una afectación del derecho a la vida del no nacido. La sentencia consideraba al feto como una persona titular de derechos en la misma calidad de que un ser humano nacido<sup>23</sup>. Es importante advertir que la sentencia carece totalmente de consideraciones sobre los derechos de las mujeres, pese a que los derechos sexuales y reproductivos fueron explícitamente invocados en las argumentaciones del Ejecutivo a favor de la constitucionalidad del decreto. La declaración de inconstitucionalidad implicó la prohibición de la distribución de la píldora anticonceptiva de emergencia en la salud pública. La respuesta a la sentencia fue una masiva movilización de mujeres en protesta contra el TC, constituyendo un hito de los movimientos feministas en el país<sup>24</sup>.

Los movimientos de mujeres por los derechos sexuales y reproductivos y el TC volvieron a enfrentarse diez años después. Esta vez con ocasión del proyecto de ley, presentado en el segundo gobierno de Michelle Bachelet, que buscaba la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en las causales de peligro para la vida de la mujer, inviabilidad fetal de carácter letal y embarazo producto de una violación. Desde el año 1931 y hasta 1989, el código sanitario chileno permitía el aborto con fines terapéuticos. La dictadura modificó este cuerpo legal estableciendo la penalización total y bajo todo respecto del aborto. La Presidenta Bachelet envió al Congreso un proyecto de ley que buscaba permitir la interrupción del embarazo en casos excepcionales y calificados. El mismo proyecto establecía la posibilidad de que quienes integraban el personal de salud

---

<sup>23</sup> La cuestión de la anticoncepción de emergencia o “píldora del día después” fue objeto de una importante y dilatada batalla judicial, primero ante los tribunales del poder judicial, y luego ante el Tribunal constitucional. Esta verdadera “cruzada anti-píldora” comenzó el año 2001 con la interposición de una acción de protección presentada por grupos conservadores que querían impedir su comercialización. Este fue el primero de numerosos procesos judiciales sobre la materia, pronunciándose al respecto la Corte suprema en diversas ocasiones. Lo mismo se puede decir del Tribunal constitucional, quien conoció en dos oportunidades de requerimientos presentados a raíz de este asunto, fallos rol 591 de fecha 11 de enero de 2007 y 740 de fecha 18 de abril de 2008. Finalmente, y luego de una década de batallas judiciales a nivel de judicatura ordinaria y constitucional, la cuestión fue zanjada por el poder legislativo a través de la ley n. 20.418 que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, y además autoriza la entrega de la “píldora del día después” en el sistema público de salud, publicada el día 28 de enero de 2010.

<sup>24</sup> LAMADRID ALVAREZ - BENITT NAVARRETE, *Cronología del movimiento feminista en Chile 2006-2016*, en *Revista Estudios Feministas*, n. 2, 2019.

podieran declararse objetores de conciencia.

El proyecto fue objeto de control de constitucionalidad preventivo facultativo a través de un requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de parlamentarios opositores. Los requirentes argumentaron que el proyecto vulneraba la Constitución, puesto que la protección constitucional de la vida del que está por nacer hacía inconstitucional la despenalización de la interrupción del embarazo en todas las causales contempladas. También sostuvieron que la regulación que sobre objeción de conciencia era inconstitucional. Nuevamente, los avances en materia de derechos sexuales y reproductivos dependían de la decisión de la justicia constitucional. El caso concitó el interés de la opinión pública y durante su tramitación, movimientos de mujeres se organizaron para protestar afuera del tribunal. También participaron activamente en audiencias públicas que se convocaron durante el proceso de constitucionalidad para escuchar a la sociedad civil.

El requerimiento fue resuelto por la sentencia STC 3729-2017. Este fallo fue ambivalente en cuanto a los avances en materia de derechos sexuales y reproductivos. Desestimó la inconstitucionalidad de la despenalización del aborto cuando se realiza fundado en las causales que indicaba el proyecto. Modificando radicalmente su interpretación previa, la sentencia sostuvo que la vida del no nacido es objeto de protección constitucional, pero que este no es persona y por tanto, no es titular de derechos fundamentales. Explícitamente sostiene la sentencia que las mujeres sí son personas titulares de derechos fundamentales, mismos que no deben ceder frente a un mandato de protección al no nacido, que puede cumplirse de diversas formas por el legislador. La sentencia se refiere a los efectos que el embarazo tiene sobre la vida de la mujer y las cargas excesivas que implican para ésta cuando se trata de una gestación que importe riesgo vital, la muerte del hijo por una patología letal o soportar una maternidad consecuencia de una violación. Esta es la primera vez que el TC argumenta considerando la titularidad de derechos fundamentales de las mujeres en materia de derechos sexuales y reproductivos.

No obstante, la regulación de la objeción de conciencia sí fue declarada inconstitucional. No sólo esto, la sentencia del TC amplió la extensión de la objeción de conciencia definida por el legislador democrático. Literalmente el fallo reescribió el texto del proyecto, que originalmente impedía que la objeción de conciencia fuese invocada por personas jurídicas. Luego de la sentencia, las personas jurídicas se pueden declarar objetoras de conciencia en relación con el otorgamiento de las prestaciones de salud que son necesarias para la interrupción voluntaria del embarazo en las causales en que la ley las autoriza. Esta sentencia se ha criticado ampliamente, no sólo por restringir significativamente las posibilidades de acceder a la atención de salud en materia de aborto. También por el abandono radical de la deferencia democrática que los tribunales

constitucionales deben al legislador, reescribiendo el texto de la ley<sup>25</sup>.

Todavía en esta materia habrá otro capítulo que involucra al TC. El 23 de septiembre de 2017 se publicó la ley 21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Esta establecía que el Ministerio de salud debía dictar los protocolos necesarios para la ejecución de la ley, entre los que se contaba los procedimientos para la declaración de objetores de conciencia. En cumplimiento de la disposición legal se dictó el decreto supremo 67 de 23 de octubre de 2018 del Ministerio de salud que aprueba el reglamento para ejercer la objeción de conciencia establecida en el artículo 119 ter del código sanitario. Este establecía que los establecimientos privados de salud que otorgan prestaciones de salud en convenio con el sistema público, recibiendo fondos del Estado, no podrían ser objetores de conciencia cuando contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón. El objetivo del reglamento era asegurar que las mujeres pudieran acceder al aborto en las causales indicadas. El decreto fue llevado al TC, que en sentencia STC 5572-2018 declaró la inconstitucionalidad del mismo, protegiendo el derecho a la objeción de conciencia de las instituciones y su ideario<sup>26</sup>, sobre la protección del derecho de las mujeres al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

Los casos anteriores han sido clave para que la percepción del TC sea el de un tribunal que ha representado un obstáculo a los avances y demandas de los movimientos de mujeres<sup>27</sup>.

No sólo en materia de derechos sexuales y reproductivos las demandas de las mujeres han quedado supeditadas a la decisión del TC. También han debido defender en sede constitucional los avances legislativos en materia de participación política. Durante el segundo gobierno de Bachelet se presentó un proyecto de ley para modificar el sistema electoral. Entre otras materias, el proyecto incorporaba por primera vez las cuotas de género para candidaturas parlamentarias, buscando favorecer la inclusión de las mujeres en la esfera política. Este disponía que en las declaraciones de candidaturas para diputados y senadores de los partidos políticos, no podría haber más de un 60% de candidatos hombres ni de candidatas mujeres, considerado del total de las candidaturas. Una vez más, parlamentarios opositores buscaron frenar los avances legislativos en derechos de las mujeres deduciendo un requerimiento de constitucionalidad que objetaba, entre otros aspectos del proyecto, la constitucionalidad del sistema de cuotas de género. El TC convocó a audiencias públicas, a las que acudieron las

---

<sup>25</sup> F. PAREDES, *Aborto, deferencia y activismo judicial: Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 3729-2007, de 28 de agosto de 2017*, en *Ius et Praxis*, n. 3, 2018, 803-816.

<sup>26</sup> J. BLACK, *Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 5572-2018, sobre inconstitucionalidad de decreto que aprueba reglamento para ejercer objeción de conciencia*, en *Anuario de Derecho Público*, 2019, 128-139.

<sup>27</sup> MIRANDA PÉREZ, *La anticoncepción de emergencia en el Chile post-dictatorial: debate público en torno a su incorporación y distribución*, en *Estudios Latinoamericanos*, n. 35, 2015, 85-103.

organizaciones de mujeres a defender el proyecto.

En esta oportunidad el TC no acogió el argumento de los requirentes en la materia. En una una referencia breve pero relevante de la sentencia el tribunal afirmó la constitucionalidad de las acciones afirmativas, que funda en el derecho a la igualdad establecido en el artículo 19 n. 2, disposición que hasta este momento sólo había sido entendida en su dimensión de igualdad formal. Sostiene la sentencia STC 2777-2915 – por primera vez en la jurisprudencia del TC – que existen «grupos o colectivos cuya subordinación es histórica o prolongada, situación que los ha debilitado severamente, obligando a corregir o compensar dicha secular desventaja. La acción afirmativa supone un beneficio para ese colectivo, que sin el mismo permanecería en su situación de subordinación». Agrega el fallo que, conforme a la Constitución, es obligación del Estado promover la inclusión social. Considerando que las mujeres no tienen una adecuada representación política, el mecanismo de la cuota es propicio para cumplir este deber estatal. La sentencia fue redactada por una de las dos ministras mujeres que, a la época, integraban el tribunal.

La adjudicación constitucional ha sido en Chile como en otras partes del mundo, cosa de señores. Las sentencias hasta aquí mencionadas han sido dictadas por un TC integrado mayoritariamente por jueces constitucionales varones. Desde su creación a la actualidad el TC se ha integrado por 58 ministros, de los cuales 51 son hombres y sólo nueve son mujeres<sup>28</sup>. De éstas ministras, seis fueron designadas en sus cargos desde el año 2018 en adelante. Es decir, en los últimos cinco años el aumento de nombramientos de mujeres creció súbita y exponencialmente. Esto no es casual.

En mayo de 2018 se producen masivas manifestaciones de mujeres, a lo largo de todo el país. Este fenómeno ha sido conocido como el *mayo feminista*. Las protestas que comenzaron como movilizaciones estudiantiles se extendieron a toda la sociedad e hicieron irrumpir las exigencias feministas en el debate público<sup>29</sup>, interpelando al sistema político y situando las demandas de las mujeres como una prioridad que debía ser atendida. Como explica Mackinnon, el rol de los movimientos de mujeres resulta determinante para los avances constitucionales en relación con la concreción de sus derechos, particularmente en el contexto latinoamericano<sup>30</sup>. Los avances constitucionales en materia de género usualmente son fruto de décadas de movilización feminista, que, simultáneamente alienta una mayor movilización impactando las dinámicas

---

<sup>28</sup> Luz Bulnes Aldunate (1989-2002); Marisol Peña Torres (2006-2018); María Luisa Brahm Barril (2013-2022); María Pía Silva Gallinato (2018 - a la fecha); Nancy Yáñez Fuenzalida (2022 - a la fecha); Daniela Marzi (2022 - a la fecha); Marcela Peredo Rojas (2023 - a la fecha) Catalina Lagos Tschorne (2023 - a la fecha) Alejandra Precht Rorris. (2023 - a la fecha).

<sup>29</sup> REYES-HOUSHOLDER - ROQUE, *Chile 2018: desafíos al poder de género desde la calle hasta La Moneda*, en *Revista de ciencia política*, 2019, 191-216.

<sup>30</sup> C.A. MACKINNON, *Gender in constitutions*, en ROSENFELD - SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, 400.

legislativas y judiciales<sup>31</sup>. Los sucesos de 2018 fueron de tal magnitud que permearon los espacios formales de la academia y la justicia constitucional. En lo académico, fortalecieron la visibilidad pública de la organización de mujeres profesoras de derecho constitucional, que llevaban ya trabajando coordinadamente por algunos años.

Las movilizaciones feministas precedieron al estallido social que catalizó la demanda por una nueva Constitución. Esta conjunción favoreció que un grupo de profesoras se organizara para relevar las demandas de género desde lo constitucional, sistematizando los contenidos que en Chile requeriría una Constitución que incorporara la perspectiva de género<sup>32</sup>. Así, la cercanía temporal entre el *mayo feminista* y la irrupción del problema constitucional chileno<sup>33</sup> favoreció que los derechos de las mujeres fueran contemplados en los proyectos de nueva constitución. Si bien estos intentos de cambio constitucional no fueron exitosos, y la constitución de 1980 se mantiene vigente, la interpretación del texto constitucional hoy encuentra otro contexto, como se ha declarado explícitamente desde la presidencia de la justicia constitucional.

#### **4. Un giro inesperado: de un tribunal hostil a los derechos de las mujeres a la incorporación de la perspectiva de género en la interpretación constitucional**

La aplicación del DIDH ha sido un instrumento útil para el reconocimiento jurisdiccional de los derechos de las mujeres<sup>34</sup>. Desde el constitucionalismo feminista se ha destacado la vinculación entre la utilización del derecho internacional y los avances en materia de género, ya que este puede ser utilizado para complementar o superponerse al derecho doméstico<sup>35</sup>, especialmente ante la ausencia o insuficiencia de disposiciones internas que incorporen la perspectiva de género en el derecho constitucional.

En Chile el uso del DIDH ha sido más relevante en las sentencias dictadas por los tribunales del poder judicial que en los fallos de la justicia constitucional. La Corte suprema (en adelante CS), ante la ausencia de una cláusula de recepción del DIDH que establezca expresamente cuál es la jerarquía de estas fuentes, ha interpretado que los tratados internacionales de derechos humanos se insertan en

---

<sup>31</sup>POU GIMÉNEZ - RUBIO MARÍN - UNDURRAGA VALDÉS - MORALES CERDA, *Comparative landscapes of gender and constitutionalism in Latin America*, en ID. (eds.), *Women, gender, and constitutionalism in Latin America*, Londres, 2024, 9.

<sup>32</sup>HENRÍQUEZ VIÑAS ET AL., *Nueva Constitución con perspectiva de género*, Santiago, 2020.

<sup>33</sup>BUSCH VENTHUR, *Proceso constituyente chileno entre el ensueño democrático latinoamericano y el péndulo*, en *Verba Iuris*, n. 50, 2023.

<sup>34</sup>ZÚNIGA AÑAZCO - UNDURRAGA VALDÉS, *The role of Chilean constitutional law in gender (in)equality*, en POU GIMÉNEZ - RUBIO MARÍN - UNDURRAGA VALDÉS - MORALES CERDA (eds.), *Op. cit.*, 300.

<sup>35</sup>C.A. MACKINNON, *Op. cit.*, 403.

el ordenamiento con rango constitucional<sup>36</sup>. Los sistemas internacionales de protección de derechos han desarrollado significativamente la relevancia de la incorporación de la perspectiva de género en el ejercicio jurisdiccional cuando en el caso se ven involucrados derechos de las mujeres. En el caso chileno, estas normas se incorporan al ordenamiento constitucional y legal nacional, al menos con rango supralegal, y deben considerarse por los operadores jurídicos pues constituyen un límite a la soberanía. Así se recalca por Gauché et al, sosteniendo que estos estándares internacionales «tienen aplicación preferente en el sistema jurídico nacional y obligan a quien juzga a adoptar medidas para velar por que sus disposiciones tengan efecto útil en el ámbito interno»<sup>37</sup>.

El sistema constitucional chileno no contempla un tribunal que tenga la *última palabra* en materia de hermenéutica del texto fundamental<sup>38</sup>. En este contexto, la CS se ha mostrado más favorable para los derechos de las mujeres que el TC. A diferencia de este último, la interpretación de la CS no se ha caracterizado por mantener el *status quo* constitucional y en materia de género se ha destacado el avance que ha tenido la CS en contraste con el rol conservador del TC<sup>39</sup>. Como ha sostenido Pilar Maturana «el género suena en la Corte Suprema», que ha incorporado esta perspectiva en algunas de sus sentencias<sup>40</sup>. A esto se agrega que la corte ha avanzado en la incorporación de la perspectiva de género también a nivel institucional, desarrollando iniciativas para su promoción dentro de la judicatura<sup>41</sup>.

Sin embargo, en los últimos años es posible advertir un cambio. Es cierto que el TC es menos receptivo al rango constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que la CS. No obstante, se puede observar un uso creciente de estas fuentes. Aunque no se pronuncia sobre su rango jerárquico, el derecho internacional integra la argumentación del TC cuando se trata de asuntos relacionados con el género. Esto ha permitido un avance en la

---

<sup>36</sup> NASH - NUÑEZ, *Los usos del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile*, en *Estudios constitucionales*, n. 1, 2017, 15-54.

<sup>37</sup> GAUCHÉ MARCHETTI - GONZÁLEZ FUENTE - PÉREZ DÍAZ - BARRÍA PAREDES - BUSTOS IBARRA - SÁNCHEZ PEZO - SANTANA SILVA - FUENTEALBA CARRASCO - DOMÍNGUEZ MONTOYA - SANHUEZA RIFFO, *Juzgar con perspectiva de género. Teoría y normativa de una estrategia ante el desafío de la tutela judicial efectiva para mujeres y personas LGBTIQ+*, en *Revista Derecho del Estado*, 2022, 247-278.

<sup>38</sup> BUSCH VENTHUR, *Los problemas persistentes de la justicia constitucional chilena y los procesos constituyentes*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2024, 45-76.

<sup>39</sup> ZÚÑIGA AÑAZCO - UNDURRAGA VALDÉS, *Op. cit.*, 300.

<sup>40</sup> MATURANA CABEZAS, *Juzgar con perspectiva de género: fundamentos y análisis de sentencias*, en *Anuario De Derechos Humanos*, 2019, 279-290.

<sup>41</sup> Cabe destacar aquí iniciativas como la creación de una Secretaría técnica de igualdad de género y no discriminación, oficina de carácter estratégico creada por el pleno de la Corte suprema a través del AD-566-2016, implementada a partir del mes de julio del año 2017, cuyos principales objetivos son promover que las y los integrantes del poder judicial, disfruten de espacios de trabajo igualitarios y libres de violencia y discriminación e impulsar el desarrollo de políticas y acciones dirigidas a garantizar la igualdad y la no discriminación de todas las personas en el acceso a la justicia. <https://secretariadegenero.pjud.cl/>

interpretación de los derechos de las mujeres, a pesar de lo exiguo de las disposiciones de la Constitución de 1980 en relación con los derechos de este grupo.

El TC ha dictado sentencias que han incorporado a sus razonamientos la perspectiva de género, utilizando como fundamento el DIDH, especialmente la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW por sus siglas en inglés, así como la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Convención Belém do Pará. Esto representa un giro en la forma en que el TC se aproxima a los derechos de las mujeres y al DIDH. Para demostrar lo anterior se expondrán sentencias del año 2020 en adelante que de forma inequívoca se refieren a derechos de las mujeres y aplican explícitamente el derecho internacional, integrando fuentes nacionales e internacionales. El derecho doméstico es interpretado a la luz del DIDH, incorporando estándares internacionales, jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CorteIDH) o incluso instrumentos no vinculantes para los Estados.

La aplicación de la perspectiva de género ha sido relevante para la solución de controversias constitucionales conocidas por el TC en ejercicio del control represivo de constitucionalidad de la ley a través de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad<sup>42</sup>. Esta exige que exista un tribunal que se encuentre conociendo de un caso concreto y que las partes o el juez que conoce de la causa requiera al TC para que declare que un determinado precepto legal no es aplicable al caso porque su aplicación produce resultados contrarios a la Constitución.

Una de las primeras sentencias que utiliza esta forma de argumentación se dicta en el llamado caso “ley Pascua”. La causa es interesante porque concurren dos categorías sospechosas de discriminación en aparente conflicto: pueblos indígenas y mujeres, lo que otorgó al caso alto perfil público y la sentencia fue objeto de discusión académica<sup>43</sup>.

Este proceso, iniciado en el año 2020, se incoa con ocasión de la investigación de un delito de violación cometido por un hombre Rapa Nui contra una mujer chilena. El juez que conocía de la causa presentó un requerimiento de

---

<sup>42</sup> El art. 93 n. 6 que señala que es atribución del TC el «resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución». Agrega la disposición que en este caso «la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad».

<sup>43</sup> VILLAVICENCIO MIRANDA - ZÚÑIGA AÑAZCO, *El caso de la “ley Pascua”. Un enfoque más allá del todo o nada*, en *Revista de derecho (Valdivia)*, 2022, 167-189.

inaplicabilidad respecto de los artículos 13 y 14 de la ley n. 16.441 que crea el Departamento de Isla de Pascua, nombre en español con que se denominó a la isla de Rapa Nui. Esta ley establece un estatuto especial para el territorio insular y sus habitantes miembros del pueblo originario. El artículo 13 impugnado disponía que tratándose de los delitos contemplados en el Código penal, libro II, títulos VII (contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual) y IX (contra la propiedad) debía imponerse a los responsables la pena inferior en un grado al mínimo de las señalados por ley al delito. Dentro de estos se encontraba el delito de violación materia del juicio penal. Por su parte, el artículo 14 establecía que, cuando el tribunal deba aplicar penas de presidio, reclusión o prisión, puede disponer que hasta dos tercios de la pena se cumpla fuera del establecimiento carcelario, es decir, en libertad.

Durante el procedimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, además de los argumentos de los intervinientes en la causa, hicieron llegar sus consideraciones órganos públicos como el Servicio nacional de la mujer y representantes de autoridades ancestrales como el Consejo de ancianos Rapa Nui - Mau Hatu, máximo organismo político y representativo del pueblo originario. También participaron organizaciones de la sociedad civil.

La sentencia STC Rol 8792-2020 declaró inaplicables al caso concreto los preceptos impugnados, incorporando al parámetro de control de constitucionalidad tratados internacionales relativos a derechos de las mujeres, a través de lo dispuesto en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución. El fallo comienza su argumentación con una declaración ambigua sobre el rol de los tratados en su labor. Indica que «[E]sta Magistratura recurre al Derecho Convencional en el modo en que sus argumentaciones colaboran a la definición constitucional de un caso planteado». Aunque no se pronuncia sobre la jerarquía normativa que les otorga a las convenciones, pero sí explicita el TC que “colaboran” al parámetro de control de constitucionalidad.

La sentencia resuelve el problema de la contradicción entre los derechos reconocidos a los pueblos originarios por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y los derechos de las mujeres contemplados en la CEDAW y la Convención Belém do Pará sosteniendo que esta es meramente aparente. Apoyándose en argumentos históricos y en lo expresado por las autoridades tradicionales del pueblo Rapa Nui, la comisión de delitos sexuales no puede ser considerada como parte de las costumbres de este pueblo originario. Indica el fallo que «[l]a violencia y la depredación sexual no hace parte de su cultura y la eliminación de todas las formas de discriminación y violencia contra las mujeres fortalece los valores culturales de este pueblo». De modo tal que no existe una costumbre indígena que deba ser respetada en los términos exigidos por el Convenio 169.

A continuación, la sentencia se refiere al delito de violación sosteniendo que este constituye «un delito preferentemente de género, aunque no excluyente de otras víctimas. La prevalencia implica que afecta predominantemente a las mujeres. Sin

embargo, la propia ley puede propiciar conductas permisivas que agravan esta perspectiva de género». Así el fallo reconoce que los delitos afectan diferenciadamente a hombres y mujeres, aplicando la perspectiva de género. En seguida el tribunal hace suya la definición de violencia contra la mujer de la Declaración de Naciones Unidas sobre la misma, indicando que se entiende por esta «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada» [Naciones Unidas, Asamblea General (20 de diciembre de 1993), Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, A/48/104, art. 1].

Se refiere luego la sentencia a las obligaciones del Estado en materia de violencia contra las mujeres. Señala que la CEDAW en su artículo 2 letra g obliga al Estado a «*derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer*». Asimismo, hace referencia a la obligación de tomar medidas para modificar los patrones socioculturales de conductas de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. Para fundar esta obligación estatal la sentencia menciona las obligaciones generales de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) y sus artículos 8 y 25 los artículos relativos a garantías procesales y la Convención Belém do Pará que en su artículo 7. b establece la obligación de los Estados de utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. En su artículo 7.c el mismo tratado obliga a los Estados Parte a adoptar la normativa necesaria para investigar y sancionar la violencia contra la mujer. El TC continúa citando el caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala y el caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala para reiterar que «la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia».

El TC acogió la inaplicabilidad fundada en que la aplicación al caso concreto de los preceptos legales impugnados produciría un efecto contrario a la Constitución por las vulneraciones constitucionales acreditadas relativas a la afectación de la dignidad humana, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

La discusión pública y visibilidad del caso explican que luego de la sentencia estimatoria de la inaplicabilidad, el TC haya iniciado de oficio un procedimiento

de inconstitucionalidad en ejercicio de la atribución del artículo 93 N° 7, que permite declarar inconstitucional un precepto legal previamente declarado inaplicable, y expulsarlo del ordenamiento jurídico<sup>44</sup>. En el proceso se convocó por el TC a audiencia pública para escuchar a la sociedad civil y sus argumentos sobre el conflicto de constitucionalidad, compareciendo en esta instancia agrupaciones de mujeres y del pueblo Rapa Nui. El año 2022 la sentencia STC Rol 12.415 declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 13 y total del artículo 14 de la Ley n. 16.441 que permitían rebajar penas y cumplir parte de la pena en libertad tratándose de delitos sexuales. Los argumentos del fallo para la declaración de inconstitucionalidad utilizan un criterio de igualdad formal para declarar la contravención de los preceptos legales impugnados al artículo 19 número 2 que establece la igualdad ante la ley. A diferencia del fallo de inaplicabilidad, la sentencia de inconstitucionalidad no acudió en su argumentación al DIDH, sino que limitó sus fundamentos a citas al derecho interno y doctrina constitucional nacional. El alto quórum que requiere la declaración de inconstitucionalidad (8 de 10 ministros) explica que la argumentación en este caso sea más conservadora.

También en materia penal y de violencia contra las mujeres encontramos otras sentencias de inaplicabilidad que se fundan en el DIDH y los derechos de las mujeres contemplados en la CEDAW y la Convención Belém do Pará.

La sentencia STC 13.783-2022 acogió un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por la víctima de un delito de violación para solicitar la inaplicación del precepto legal que establece la facultad de la fiscalía de no perseverar en la investigación del delito. En el caso los acusados de la violación eran tres compañeros de trabajo de la víctima, pero el fiscal sólo investigó la participación de uno de ellos, declarando que no perseveraría en la indagación de los demás acusados, respecto de quienes se cerró la investigación. La víctima del delito y requirente ante el TC sostuvo que la decisión del Ministerio Público le impedía el acceso a la jurisdicción, y el derecho a la investigación racional y justa.

Al resolver este caso el TC reconoce explícitamente la violencia de género. Indica la sentencia 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, los que están dados por normas constitucionales y de Derecho Internacional». Sostiene el fallo que la investigación y las diligencias necesarias para llevarla a cabo no constituyen una simple atribución del órgano encargado de la persecución penal, sino que se trata una obligación que el Ministerio público debe cumplir, efectuando todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos. La sentencia argumenta desde las categorías conceptuales

---

<sup>44</sup> Lo que es de muy escasa ocurrencia en el sistema chileno. La acción de inconstitucionalidad ha sido acogida por el TC en menos de una decena de casos desde su establecimiento el año 2005 a la fecha.

aplicables a grupos vulnerables y la perspectiva de género al indicar que «en delitos de violencia sexual contra las mujeres [esta obligación] será cumplida si es que se realiza una investigación sin sesgos de género, de lo contrario, como se observará en el presente caso concreto, no se constituirán las condiciones del procedimiento racional y justo que garantiza la Constitución. Esta dimensión, que busca corregir asimetrías de acceso a la justicia respecto de grupos cuyo acceso ha sido calificado precisamente como de difícil, implica cumplir con un trato que atienda a las diferencias de los justiciables, y es eso lo que realiza y actualiza el valor de la igualdad».

El fallo incorpora en el parámetro de análisis del caso el artículo 1 de la CADH que establece la obligación de respetar los derechos y el deber de garantía de los Estados. La sentencia es categórica al señalar que, frente a hechos constitutivos de violencia sexual, es exigible el deber de garantía de los derechos humanos que pesa sobre todos los órganos estatales. Afirma que este deber implica una exigencia específica de diligencia cuando se trata de grupos vulnerables y la obligación de investigar sin sesgos de género. Señala el fallo que estas obligaciones se incorporan al ordenamiento jurídico chileno por la vía del artículo 5 inciso segundo y que están también contempladas en la CEDAW y la Convención Belém do Pará en sus artículos 4 y 7 letras a, b y f. Para sostener su argumentación cita diversas sentencias de la Corte IDH<sup>45</sup> y se apoya en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993, además de un informe de la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer Naciones Unidas (Informe de la Relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer, 2006, párrafo 29). De esta suerte, incorpora incluso instrumentos que no son vinculantes para el Estado.

Una argumentación similar se encuentra en la sentencia de inaplicabilidad STC Rol 13.011-2022. La acción de inaplicabilidad fue presentada por la víctima en una causa iniciada por denuncia de delito de maltrato habitual, lesiones, violación y aborto, todos en contexto de violencia intrafamiliar. La requirente pide al TC declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos que establecen la facultad del fiscal de no perseverar en la investigación por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación. Realizada la denuncia e iniciada la investigación por el Ministerio Público, el órgano persecutor comunicó a la víctima la decisión de no perseverar en el procedimiento respecto del delito de maltrato habitual y solicitó al tribunal

---

<sup>45</sup> Cita los casos Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2020, párrafos 111, 112 y 113; Caso Yarce y otras vs. Colombia, sentencia de 22 de noviembre de 2016, párr. 180; Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005; Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador, sentencia de 1 de diciembre de 2016, párr. 96; Caso González y otras vs. México (“Campo Algodonero”), en sentencia de fecha 16 de noviembre de 2009, párrafo 256)

penal que se declarare el sobreseimiento definitivo respecto de los delitos de lesiones, violación y aborto. En el caso el agresor era pareja de la requirente y trabajaba en el órgano persecutor como abogado asistente del fiscal. Al desempeñarse como abogado del Ministerio público, el agresor se encontraba, de hecho, en condiciones de impedir el trabajo de la policía.

El TC acoge la acción de inaplicabilidad. La argumentación de la sentencia se refiere a la obligación de garantía de los derechos establecida por el DIDH y destaca que el deber de investigar es más estricto cuando los actos constitutivos de violencia han sido atribuidos a agentes del estado, citando el caso de la CorteIDH Caso González y otras vs. México (“Campo algodoner”). Explícitamente se refiere al deber de investigar sin sesgos de género, lo que implica una exigencia específica de diligencia cuando se trata de grupos discriminados. Funda el fallo esta consideración en la CEDAW y la Convención Belém do Pará, que ingresan al parámetro de control de constitucionalidad vía artículo 5 de la constitución. Se refiere nuevamente el TC a los artículos 4 y 7 de la Convención Belém do Pará en relación a la obligación que la letra g del artículo 4 «*el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos*». Es explícito el fallo al indicar que «la normativa internacional obliga a los Estados a tomar medidas para asegurar a las víctimas de violencia de género un acceso efectivo a la justicia, 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».

El TC en el fallo STC Rol 14.595-2023 ha aplicado también el DIDH para resolver una inaplicabilidad relativa a materias de seguridad social y protección de la maternidad. En el caso la requirente es una jueza que se ausentó de sus labores en razón de haber estado con licencia médica para cuidar a su hija por enfermedad grave del hijo menor de un año. Ella presentó una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad impugnando la aplicación del artículo 4° inciso quinto de la ley n. 19.531 pues no recibió en su remuneración el incremento llamado “bono de modernización” El precepto que impugna establece quiénes podrán percibir dicho bono, las excepciones y contra excepciones a la regla general. La Corporación Administrativa del Poder Judicial no enteró el incremento de remuneración por considerar que la jueza se encontraba dentro de las situaciones excepcionales del precepto legal impugnado. Contra la resolución que la privó de esta parte de su sueldo entabló una acción de protección y, en este contexto, inició el proceso de inaplicabilidad. Arguye la requirente que la exclusión del pago de bono de modernización en razón de encontrarse con licencia médica por enfermedad grave del hijo menor de un año, atenta contra la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad, ya que, conforme a la misma ley, licencias médicas extendidas por otros motivos sí tienen derecho al incremento como es el caso de la licencia por uso de pre y post natal.

El TC sostiene en su sentencia que el conflicto constitucional se circunscribe a si existe una razón para dar a una licencia como la del cuidado de hijo o hija menor de un año por enfermedad grave un tratamiento distinto que otorga el legislador a la licencia de prenatal y postnatal parental, que se encuentran entre las contra excepciones y sí permiten la recepción del incremento de remuneración por “bono de modernización”. El fallo compara ambos permisos e indica que los bienes jurídicos que tutelan se encuentran «en la misma órbita: la salud del niño o niña y un derecho que en su regulación se adjudica a la madre y sólo hay opción de ser cedido al padre, sin perder de vista que, en la práctica, es ejercido exclusivamente por las madres trabajadoras». La sentencia argumenta que «la no discriminación contra la mujer implica que ella no vea perjudicado su desarrollo profesional ni condiciones de trabajo por el hecho de la maternidad. El que la legislación hasta hoy entregue los derechos a la madre trabajadora denota que ve en ello el orden normal de las cosas, y esto es central pues mientras esa sea la decisión del legislador y la práctica en el ejercicio del derecho, el resultado será que las madres trabajadoras verán perjudicadas sus trayectorias laborales al incurrir en contingencias vinculadas al cuidado en las que no se encuentran ni en la normativa ni en la realidad sus pares hombres».

El fallo sostiene que en el caso se produce una afectación a la igualdad puesto que «el caso concreto tiene características que hacen manifiesto que es constitutivo de discriminación directa, pues la licencia se produce por la necesidad de alimentación exclusiva del menor de un año por medio de la leche materna, por lo que la presencia y responsabilidad de la madre no podría ser suplida por el padre». Compara la situación con el caso hipotético de un padre trabajador, y concluye que este «no podría verse enfrentado a un menoscabo laboral debido a la obligación de proveer a un hijo o hija de leche matern». La sentencia continúa razonando que, en este caso, el Estado actúa en su faz de empleador, teniendo una mayor exigencia de respetar el principio de igualdad ante la ley en su máxima extensión. Cita como fundamento de esta afirmación el criterio emitido por la CorteIDH en su Opinión consultiva OC-18/03 (sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados) y reiterado en la Opinión consultiva OC 27/21 (sobre derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga y su relación con otros derechos con perspectiva de género). Como indica la sentencia, que acoge la acción de inaplicabilidad, «el razonamiento central que conduce a la decisión actual se funda en el derecho a la no discriminación de la mujer en el trabajo. El hecho del cuidado de un hijo o hija con enfermedad grave menor de un año, como ya se ha dicho, es una situación prevista y protegida con una licencia pagada en el artículo 199 del Código del Trabajo. Esta situación, relacionada con el precepto impugnado, implica un impacto negativo en el derecho a la remuneración de la trabajadora, configurándose un efecto discriminatorio en razón de sexo o género».

En sede de control de constitucionalidad preventivo facultativo, ejerciendo de la atribución establecida por el 93 n. 3 para pronunciarse sobre la

constitucionalidad de proyectos de ley, el TC se pronunció sobre el proyecto de ley que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género, actualmente la ley 21.675. Este proyecto fue objeto de una larga tramitación en el parlamento, siendo presentado en 2016 por el gobierno de la Presidenta Bachelet y aprobado y promulgado como ley recién en 2024. Su objetivo era dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por el Estado al suscribir la CEDAW y la Convención Belém do Pará.

A comienzos del año 2024 el proyecto fue objeto de un requerimiento de constitucionalidad presentado por parlamentarios que buscaban que el TC declarara inconstitucional su artículo 12, del siguiente tenor: «*Los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado deberán promover una educación no sexista y con igualdad de género y considerar en sus reglamentos internos y protocolos la promoción de la igualdad en dignidad y derechos y la prevención de la violencia de género en todas sus formas*». En concepto de los parlamentarios requirentes el deber de promover una educación no sexista atentaba contra el deber y derecho preferente de los padres a educar a sus hijos y la libertad de enseñanza, derechos establecidos en la Constitución chilena. En la causa el TC convocó a audiencia pública para escuchar a la sociedad civil.

La sentencia inicia su argumentación señalando que la ley no define qué es el sexismo, por lo que se trata de una expresión abierta a la interpretación. Continúa argumentando que si existe una interpretación conforme a la Constitución, esto basta para que en abstracto una norma legal no pueda ser declarada inconstitucional. Sigue el fallo afirmando que la inconstitucionalidad denunciada no es real, porque el término educación “no sexista” admite una interpretación muy razonable y obvia como “contraria al sexismo”, y sexismo, en su sentido literal se define como discriminación entre las personas en razón de su sexo.

Se refiere la sentencia a la relevancia que tiene para la erradicación de la violencia contra la mujer introducir en la educación de los niños la promoción de valores de igualdad de derechos, de respeto y de dignidad respecto de los sexos. Agrega que lo que manda el precepto impugnado no es dirigir la educación hacia contenidos políticos, religiosos, filosóficos o ideológicos en cualquier sentido, sino solo promover una educación que propugne la igualdad de derechos, de dignidades, de valía y de capacidades y oportunidades, entre los sexos. Sostiene el fallo que es posible una interpretación legítima de la expresión impugnada, puesto que esta es una medida que pretende que «la educación forme en valores que destaquen la igualdad, la dignidad y la humanidad plena y valiosa, en suma, de la mujer, puesto que en su desvaloración y subordinación al varón está el germen de la violencia a que se le puede someter y a la que, por desgracia, en tantas ocasiones y tan gravemente se le somete». Es particularmente expresivo el tribunal al señalar que no caben en la constitución los patrones culturales de subordinación patriarcal que perpetúan la discriminación contra las mujeres.

Indica la sentencia que «se ha dicho, ante estrados, por el abogado de los requirentes, que la educación no sexista tiende a deconstruir determinados patrones culturales, pero entre ellos ha citado algunos que con toda claridad configuran formas de discriminación; así, ha mencionado entre esos patrones a las nociones patriarcales y de subordinación que imperan en la sociedad. Pues bien, patriarcal significa el ejercicio de un poder autoritario o principal por parte del padre (con respecto a la madre) y, por extensión entonces, del varón respecto de la mujer. Ni que decir de la subordinación, que en el contexto del término sexismo no podría sino referirse a la de la mujer respecto del hombre. Ambos patrones, entonces, pueden, y hasta deben, ser deconstruidos desde antes del proyecto de ley que se analiza y aún sin necesidad de utilizar el término sexismo, simplemente porque representan formas de perpetuar una desigualdad prohibida por la Constitución».

Para fundamentar lo anterior la sentencia se refiere al artículo 6° de la Convención de Belem do Pará que añade, a la proscripción de la discriminación contra la mujer, la exigencia de una educación libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación. Menciona también a la CEDAW, indicando que esta ordena «eliminar todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, lo que de nuevo demuestra no solo que la lucha contra estereotipos es una forma de alcanzar y atacar las bases más sutiles, y muchas veces inconscientes, de discriminación».

Luego la sentencia se refiere a la pretendida vulneración del derecho de los padres a educar a sus hijos. Es también categórico el tribunal en señalar que la constitución al establecer el derecho a la educación dispone que esta tiene por objeto «propender al pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida». Y que el derecho preferente de los padres de educar a sus hijos tiene ese mismo objetivo, por lo cual estos no tienen derecho «a inculcar cualquier tipo de información o de valoración, sino solo unas que coadyuven al pleno desarrollo de la persona de sus hijos, lo que excluye un supuesto derecho a inculcar ideas supremacistas o de minusvalía, o, en fin, discriminatorias de cualquier clase, porque todo ello, en el contexto de una sociedad democrática de derecho, limita y deforma el desarrollo personal, en lugar de protegerlo. Los padres, entonces, al amparo de esta garantía no pueden justificar un supuesto derecho a enseñar a sus hijos ideas racistas, xenófobas, sexistas o que en cualquier forma constituyan expresiones de discriminación». Agrega que «el límite está dado por los valores recogidos en la propia Constitución, tales como la dignidad y la igualdad de derechos – y de valía, por ende – entre las personas. El sexismo, entendido de la manera razonable en que también cabe hacerlo respecto de la discriminación, según lo expuesto en nuestros motivos anteriores, es una forma de atentado a la igualdad en dignidad y derechos de las personas, y por eso no es verdad que su proscripción, o la orden de propender a deconstruirlo en el proceso de la

educación formal, atente contra el derecho de los padres a educar a sus hijos: no existe el derecho a formar a los hijos en el prejuicio y en la desvaloración de otros, o de sí mismos».

En relación a la supuesta vulneración de la libertad de enseñanza, que conforme a la constitución, tiene por límites la moral, las buenas costumbres y el orden público, incluye el tribunal en esas limitaciones la dignidad y la igualdad de derechos entre las personas: «En esta sociedad democrática esos valores, y esa moral, por ende, proscriben la discriminación, entendida como la negación de la igualdad fundamental entre los seres humanos; es decir, la igualdad en lo que se refiere a su dignidad y derechos. La libertad de enseñanza, entonces, no puede esgrimirse para inculcar racismo, xenofobia, clasismo, antisemitismo o sexismo, entre otras formas discriminatorias».

Considerando su historia, afirmar la incorporación de la perspectiva de género y la referencia explícita a los derechos de las mujeres en sentencias del TC resulta contraintuitivo y hasta una sorpresa inesperada para la realidad chilena. Pero los casos expuestos permiten sostener que hay un giro relevante en la aproximación de la justicia constitucional respecto de las mujeres. Se les reconoce como grupo vulnerable que requiere una especial protección del Estado. Esto importa un acercamiento a la concepción de igualdad sustantiva y no meramente formal. Asimismo, hay un reconocimiento expreso de la obligación del Estado de superar los estereotipos de género y de adoptar medidas eficaces para la erradicación de diversas formas de violencia contra las mujeres y su subordinación. Lo anterior da cuenta de la incorporación de la perspectiva de género en las sentencias del TC analizadas. Este cambio interpretativo se apoya en el uso del derecho internacional, principalmente, en la CEDAW, la Convención Belém do Pará y los estándares internacionales que se derivan de la aplicación de estos tratados por los órganos encargados de su protección.

Como sostienen Paredes y Almagro, no todas las normas constitucionales están en las palabras escritas en el documento formal: otra parte de ellas se encuentra fuera de los enunciados lingüísticos del texto<sup>46</sup>. La incorporación de la perspectiva de género en la interpretación de los derechos, o la “colaboración” – para usar las palabras del TC – en la construcción del parámetro de control de constitucionalidad de los derechos contemplados en la CEDAW o la Convención Belém Do Pará pudiera llevar a pensar que se trata de una forma, aunque tímida, de reconocimiento de los derechos de las mujeres como un contenido no escrito de la constitución<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> PAREDES PAREDES – ALMAGRO CASTRO, *El concepto de Constitución en el constitucionalismo contemporáneo en América Latina*, en *Revista de Derecho Político*, 2023, 356.

<sup>47</sup> La fórmula no es enteramente novedosa, ya que previamente el TC ha reconocido derechos no escritos como parte de la Constitución, como es el caso del derecho de acceso a la información pública como derecho implícito en el principio de transparencia, o el derecho a la identidad.

## 5. Conclusiones

La segunda década del siglo en Chile inició en un ambiente de crisis política y constitucional. Los procesos de cambios constitucionales fallidos, el debate social y académico profundo sobre la constitución no permitió superar el problema constitucional chileno, pero sí cambió significativamente el contexto en que se desarrolla la interpretación constitucional y en que el TC garantiza la supremacía constitucional.

Una constitución no se puede entender sólo como su texto formal. La práctica constitucional es imprescindible para comprender a cabalidad la constitución de un país. Aunque en la cultura constitucional chilena el texto es central, la forma en que este texto es interpretado por los jueces constitucionales y la argumentación de las sentencias da cuenta de elementos políticos y sociales que influyen en esta interpretación.

La jurisprudencia del TC ha incorporado a sus herramientas argumentativas a la perspectiva de género para el entendimiento en materia de igualdad ante la ley y derecho a la no discriminación, así como el alcance de los demás derechos fundamentales que consagra. Si bien no podemos afirmar que el cambio en el contexto político constitucional en que se inserta o la incorporación de mujeres ministras a la integración del tribunal son la causa del cambio, sí es un hecho que estos fenómenos coinciden con el cambio de dirección en la aproximación que tiene el TC a los asuntos que involucran materias de género.

El reconocimiento de derechos constitucionales por vía jurisprudencial es controversial<sup>48</sup> y desde la teoría democrática es subóptimo. A esto se suman los problemas que implica en un contexto de cultura jurídica formalista. Sin embargo, frente a la necesidad de garantizar la supremacía de una constitución que, por su historia y sucesos recientes, urge de un ajuste, la incorporación de contenidos desde el derecho internacional se presenta como una vía para integrar los aprendizajes que dejan los procesos constitucionales y las demandas sociales. Estos fenómenos generan un cambio en el orden constitucional que busca fórmulas de expresión en la jurisprudencia, aunque en ningún caso suprime la necesidad de actualizar el catálogo de derechos a contenidos que incorporen en disposiciones expresas los derechos de las mujeres.

---

<sup>48</sup> COLÓN RÍOS, *Judge-made constitutional change*, in CONTIADES - FOTIADOU (eds.), in *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, New York - Oxford, 2021, 217.

## EL CUIDADO EN LAS DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR: APLICACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL, 2008-2023 °

Catalina Mendoza Eskola

Profesora de la Universidad de Cuenca, Ecuador

*El derecho al cuidado ha sido progresivamente incorporado en la agenda normativa y de política pública de América Latina y El Caribe, siendo la Constitución del Ecuador de 2008 una manifestación de esta tendencia. Esta investigación, de enfoque cualitativo, analiza sentencias de la Corte constitucional emitidas entre 2008 y 2023 relacionadas con políticas públicas de cuidado. Su objetivo es identificar las nociones implícitas y explícitas de la Corte, subrayando cómo la perspectiva de género en la interpretación judicial permite evidenciar las desigualdades que enfrentan las mujeres en el ejercicio del derecho al cuidado.*

*Los resultados muestran importantes avances en la jurisprudencia de la Corte constitucional en torno al contenido del derecho al cuidado y los indicadores de política pública que el Ejecutivo debe observar para hacer efectivo este derecho. Sin embargo, también revelan limitaciones en la incorporación de la perspectiva de género. Aunque la Corte reconoce que las responsabilidades de cuidado recaen desproporcionadamente sobre las mujeres, no siempre propone lineamientos para transformar los roles tradicionales de género ni aborda de manera integral las condiciones laborales y sociales de quienes desempeñan este trabajo.*

*Il diritto alle cure è stato progressivamente incorporato nell'agenda normativa e di politica pubblica dell'America Latina e dei Caraibi e la Costituzione dell'Ecuador del 2008 è una manifestazione di questa tendenza. La presente ricerca analizza con un approccio qualitativo le sentenze della Corte costituzionale emesse tra il 2008 e il 2023 relative alle politiche di assistenza pubblica. Il suo obiettivo è quello di identificare le nozioni implicite ed esplicite utilizzate dalla Corte, evidenziando come la prospettiva di genere nell'interpretazione giudiziaria consenta di evidenziare le disuguaglianze che le donne affrontano nell'esercizio del diritto alla cura.*

*I risultati mostrano importanti progressi nella giurisprudenza della Corte costituzionale in merito al contenuto del diritto alle cure e agli indicatori di politica pubblica che l'Esecutivo deve osservare per rendere effettivo questo diritto. Tuttavia, rivelano anche limiti nell'incorporare la prospettiva di genere. Sebbene la Corte riconosca che le responsabilità assistenziali ricadono in modo sproporzionato sulle donne, non sempre propone linee guida per trasformare i tradizionali ruoli di genere, né affronta in modo esaustivo le condizioni lavorative e sociali di coloro che svolgono questo lavoro.*

*The right to care has been progressively incorporated into the regulatory and public policy agenda of Latin America and the Caribbean, with the Constitution of Ecuador of 2008 being a manifestation of this trend. This research, with a qualitative approach, analyzes rulings of the Constitutional Court issued between 2008 and 2023 related to public care policies. Its objective is to identify the implicit and explicit notions of the Court, highlighting how the gender perspective in judicial interpretation allows us to highlight the inequalities that women face in the exercise of the right to care.*

*The results show important advances in the jurisprudence of the Constitutional Court regarding the content of the right to care and the public policy indicators that the Executive must observe to make this right effective. However, they also reveal limitations in incorporating the gender perspective. Although the Court recognizes that care responsibilities fall disproportionately on women, it does not always propose guidelines to transform traditional gender roles nor does it comprehensively address the working and social conditions of those who perform this work.*

---

° Ensayo sometido a revisión por pares doble ciego.

**Sumario:**

1. Introducción
2. Metodología
3. Resultados
4. Las políticas de tiempo para cuidar
  - 4.1. Las licencias de maternidad
  - 4.2. El tiempo para el cuidado de personas con discapacidad
5. Políticas de dinero para cuidar
  - 5.1. El bono de vivienda
  - 5.2. La pensión para personas con discapacidad
6. Servicios de cuidado
  - 6.1. Servicios de cuidado para mujeres embarazadas o en período de lactancia
  - 6.2. Acceso de niñas, niños y adolescentes en situación de movilidad humana a la educación
  - 6.3. Atención de salud de personas con VIH
  - 6.4. Atención de salud de personas con discapacidad
  - 6.5. Atención de salud de personas con enfermedades catastróficas y de alta complejidad
  - 6.6. Atención de salud de personas privadas de la libertad
  - 6.7. Acceso a servicios de salud y cuidado para personas en situación de movilidad humana
  - 6.8. Atención de salud de mujeres embarazadas
  - 6.9. Acogimiento institucional de niños/as y adolescentes
7. Conclusiones

## 1. Introducción

El derecho al cuidado viene siendo incorporando en la agenda normativa y de política pública de América Latina y El Caribe<sup>1</sup>. En este contexto, la Constitución del Ecuador del año 2008 es considerada como pionera, pues asigna al Estado la responsabilidad de formular y ejecutar políticas en torno al trabajo no remunerado de cuidado, la sobrecarga de trabajo en las mujeres y la división sexual del trabajo<sup>2</sup>.

Un paso importante para el reconocimiento del derecho al cuidado ha sido el desarrollo conceptual de los cuidados, alimentado por distintos pensamientos feministas<sup>3</sup>. En este estudio, el cuidado comprende todas aquellas acciones que se llevan a cabo para atender las necesidades de otras personas y lograr el bienestar en su vida cotidiana, que engloban un componente material, un componente económico y un componente psicológico, tanto si son realizadas de manera honoraria o benéfica como de manera remunerada, dentro o fuera del ámbito familiar; este concepto da cuenta de la naturaleza relacional de esta actividad, esencial para la vida de las personas<sup>4</sup>.

Todas las personas, a lo largo del ciclo de vida, requieren de cuidados. Aunque existan personas que demandan mayores cuidados, como los niños, niñas y adolescentes, las personas adultas mayores o quienes adolecen de enfermedades crónicas, la dependencia es una condición universal, y no excepcional, de todas las personas. Es por ello por lo que el cuidado no puede seguir siendo considerado como una tarea privada o individual (de las mujeres), sino una responsabilidad social y política. «Cada sociedad debería organizar los cuidados para dar respuesta a las dependencias y necesidades humanas, y a la vez, mantener el respeto por las personas que lo necesitan y no explotar a las que están actuando de cuidadoras»<sup>5</sup>.

En esta línea, se incorpora al debate sobre los cuidados la relación entre cuidado y derecho; el derecho al cuidado es considerado como un derecho universal de toda la ciudadanía, desde la doble circunstancia de las personas que requieren cuidados como de las que cuidan, es decir, desde el derecho a recibir y

---

<sup>1</sup> PAUTASSI, *El cuidado: de cuestión problematizada a derecho. Un recorrido estratégico, una agenda en construcción*, en M. FERREYRA (Coord.), *El trabajo de cuidados: una cuestión de derechos humanos y políticas públicas*, Ciudad de México, 2018, 178-191.

<sup>2</sup> BATHYÁNY DIGHIRO, *Las políticas y el cuidado en América Latina. Una mirada a las experiencias regionales*, en *Serie Asuntos de Género*, n. 124, Santiago de Chile, 2015.

<sup>3</sup> PINEDA DUQUE - MUNÉVAR, *La organización social de los cuidados en Colombia: mercantilización, profesionalización, desvalorización y resistencias*, en GUIMARÃES - HIRATA (comps.), *El cuidado en América Latina. Mirando los casos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Uruguay*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020, 169-217.

<sup>4</sup> BATHYÁNY DIGHIRO, *Las políticas y el cuidado en América Latina. Una mirada a las experiencias regionales*, cit.

<sup>5</sup> CARRASCO - BORDERÍAS - TORNOS (eds.), *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y políticas*, Madrid, 2011, 54.

dar cuidados, cuestión que incluye el derecho a condiciones laborales dignas en el sector de cuidados<sup>6</sup>.

Desde esta perspectiva, el cuidado es un derecho de todas las personas. Le compete, por lo tanto, al Estado crear las condiciones necesarias para su pleno ejercicio, incluyendo el diseño y puesta en marcha de políticas y servicios a los que puedan acceder todas las personas<sup>7</sup>. El cuidado debe extenderse más allá de los contornos del hogar y permear los discursos y prácticas de la política pública<sup>8</sup>.

En este sentido, se propone considerar la interrelación entre las esferas pública y privada, que se han mantenido por largo tiempo en la teoría política, en el derecho constitucional y en el imaginario social como si fuesen dos ámbitos separados; la estrecha relación entre cuidado y ciudadanía, al mostrar cómo los imaginarios en torno al cuidado históricamente han configurado diferentes categorías de ciudadanos; y, el vínculo existente entre “déficit de cuidados” y “déficit democrático”<sup>9</sup>. El cuidado es «un asunto político que atraviesa lo doméstico, lo local y lo global, y que puede permitirnos mejorar este mundo desde nuevas formas democráticas»<sup>10</sup>.

De lo dicho se desprende la importancia de realizar un examen de cómo el derecho al cuidado logra incorporarse en la legislación y la política pública. Preguntarse acerca de la efectividad de las leyes y las políticas públicas de cuidado implica identificar a qué sujetos están destinadas, los resultados que buscan alcanzar y los actores a los que se encarga su aplicación<sup>11</sup>. Además, este tipo de análisis debería indagar acerca de los procesos de inclusión y exclusión que las leyes y las políticas públicas reproducen y cómo se coloca a determinados grupos en una posición de desigualdad, debido al género, la clase, la raza/etnia, la edad y otros factores<sup>12</sup>.

La administración de justicia ha sido identificada como una vía para el avance del derecho al cuidado y de políticas públicas de carácter integral que consideren las especificidades de los receptores de cuidado, la corresponsabilidad entre los géneros y la plena incorporación de las mujeres en el empleo remunerado. Se plantea que la administración de justicia juega un papel clave en el reconocimiento del cuidado como un derecho y en la creación de condiciones para alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la vida

---

<sup>6</sup> BATHYÁNY DIGHERO, *Las políticas y el cuidado en América Latina. Una mirada a las experiencias regionales*, cit.

<sup>7</sup> BATHYÁNY DIGHERO, *Las políticas y el cuidado en América Latina. Una mirada a las experiencias regionales*, cit.

<sup>8</sup> TRONTO, *Caring Democracy. Markets, Equality, and Justice*, New York, 2013.

<sup>9</sup> TRONTO, *Caring Democracy. Markets, Equality, and Justice*, cit.

<sup>10</sup> ARANGO GAVIRIA - AMAYA URQUIJO - PÉREZ-BUSTOS - PINEDA DUQUE (eds.), *Género y cuidado. Teorías, escenarios y políticas*, Bogotá, 2018, 9.

<sup>11</sup> CEPAL, *Matriz de análisis para la identificación de políticas justas de igualdad de género*, Santiago de Chile, 2012.

<sup>12</sup> SORJ, *Arenas de cuidado nas interseções entre genero e classe social no Brasil*, en *Cadernos de Pesquisa*. vol. 43. n. 149, 2013. 478-491.

social<sup>13</sup>. Asimismo, se subraya el rol de la justicia en la promoción de medidas que faciliten la conciliación entre las actividades productivas y reproductivas y que mejoren las condiciones laborales de los trabajadores del cuidado, lo que implica el rediseño del Estado y un nuevo pacto social, político y económico<sup>14</sup>.

En este contexto, a partir de un análisis de género, la presente investigación busca dar respuesta a las siguientes preguntas de investigación: ¿Qué nociones implícitas y explícitas de la Corte constitucional del Ecuador dan cuenta de avances y continuidades en torno al cuidado? ¿Cuáles son las medidas de política pública que la Corte constitucional desarrolla para garantizar el ejercicio del derecho al cuidado? ¿Las medidas que pone en marcha la Corte constitucional promueven la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ejercicio del derecho al cuidado?

Las disciplinas sociales empiezan a ocuparse del cuidado, primero, como trabajo doméstico, y, luego, como trabajo de cuidados o simplemente cuidado<sup>15</sup>. La economía feminista conceptualiza el trabajo de cuidados como aspecto central de la reproducción social y de las condiciones de vida de la población. La conceptualización del cuidado no ha estado exenta de dificultades; es evidente la falta de acuerdos sobre la naturaleza del cuidado, sus dimensiones, así como sobre lo que envuelve la organización social de los cuidados.

Respecto del contenido de los cuidados, se habla de cuidados directos y de cuidados indirectos. En el primer caso están comprendidas todas aquellas actividades directamente realizadas con las personas con el fin de proporcionarles bienestar. En el segundo caso se engloba las tareas domésticas, la gestión y organización de los trabajos del hogar, así como las distintas actividades que implican “estar disponible para” cuidar en el momento que se requiera<sup>16</sup>. Esta división es útil, pues permite distinguir el cuidado (directo), que se realiza en favor de las personas, del trabajo doméstico.

En cuanto a los objetivos del cuidado se puede hablar de un objetivo genérico y de un objetivo específico de esta actividad. En general, el objetivo de los cuidados es garantizar el bienestar de las personas que conforman un hogar e integran una familia, ya que todas las personas a lo largo de toda su vida necesitan cuidados, mientras que el objetivo específico del trabajo doméstico y de cuidados en las sociedades liberal-capitalistas «consiste en facilitar la disponibilidad laboral de los hombres adultos del hogar-familia; permitirles libertad de tiempo y acción

---

<sup>13</sup> GHERARDI - ZIBECCHI, *El derecho al cuidado: ¿Una nueva cuestión social ante los tribunales de justicia de Argentina?*, en *Revista Política*, vol. 49, n. 1, 2011, 107-138.

<sup>14</sup> DELINT GARCÍA - SÁNCHEZ-CABALLERO RIGALT, *El trabajo doméstico y de cuidados desde la perspectiva de género: la experiencia del Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México*, en *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, n. 17, 2022, 127-146.

<sup>15</sup> CARRASCO - BORDERÍAS - TORNS (eds.), *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y políticas*, cit.

<sup>16</sup> CARRASCO - BORDERÍAS - TORNS (eds.), *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y políticas*, cit.

para que participen en el mundo público sin que las necesidades de cuidados del hogar les sean restricciones para su actividad extra doméstica»<sup>17</sup>.

Se utiliza la expresión “servicios de cuidados” para señalar aquellos servicios de carácter público y servicios mercantilizados que ofertan diferentes modalidades de cuidado<sup>18</sup>. Desde una perspectiva crítica, se suele hacer una distinción entre “dirty work” y “nurturant care”, con el propósito de evidenciar que existe un conjunto de tareas socialmente desprestigiadas que no son reconocidas como trabajo de cuidado. Se trata de tareas que las/os trabajadoras/es calificadas/os no quieren hacer y que por lo tanto no reconocen como verdadero trabajo. A estas tareas se denomina “trabajo sucio”, definición que se asienta en criterios raciales y de clase<sup>19</sup>.

Las tareas asociadas al “trabajo sucio” no alcanzan el ideal de cuidado (emocional). Correlativamente, quienes realizan este trabajo tampoco son considerados verdaderos trabajadores/as. Por tanto, a ellos/as no les son reconocidos todos los derechos laborales. Desde una perspectiva política del cuidado el denominado “trabajo sucio” forma parte de la definición del cuidado y quienes llevan a cabo este trabajo están comprendidos en la categoría de trabajadores/as del cuidado, por lo tanto, son sujetos de todos los derechos que se reconoce a los demás trabajadores/as.

También en el ámbito de los servicios de cuidado se habla de “good care” y de “bad care”<sup>20</sup>. El “mal cuidado” sería aquel que se lleva a cabo únicamente para “solucionar problemas” o que es asumido como una “pérdida de tiempo”; se ejecuta a partir de necesidades “obvias” y sin consultar el punto de vista de quienes requieren de cuidados. Un “mal cuidado” pasa por alto la diversidad de necesidades de quienes demandan cuidados (debido a la edad, género, clase social). Es el resultado de concebir las tareas que lo comprenden como un producto, un paquete básico, un listado de actividades que debe seguirse al pie de la letra, como si de un manual se tratara.

A partir de esta distinción se puede llegar a identificar las instituciones que son capaces de brindar un cuidado de calidad. Así, una institución que considera las necesidades de los sujetos como homogéneas, que ejecuta el cuidado como rutina, que no respeta a las personas que llevan a cabo tareas de cuidado (no paga salarios justos, no promueve procesos de formación y capacitación de los/as cuidadores/as, no favorece procesos de autocuidado, etc.), que percibe las demandas de cuidado de los sujetos como “problema”, que planifica actividades de cuidado sin referencia al contexto familiar y comunitario de los sujetos, sería una institución que no está capacitada para brindar un cuidado de calidad. Por el

---

<sup>17</sup> CARRASCO - BORDERÍAS - TORNOS (eds.), *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y políticas*, cit., 74.

<sup>18</sup> CARRASCO - BORDERÍAS - TORNOS (eds.), *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y políticas*, cit.

<sup>19</sup> MOLINIER, *El “trabajo sucio” y la ética del cuidado. Historia de un malentendido*, en ARANGO GAVIRIA - AMAYA URQUIJO - PÉREZ-BUSTOS - PINEDA DUQUE (eds.), *Género y cuidado. Teorías, escenarios y políticas*, cit.

<sup>20</sup> TRONTO, *Caring Democracy. Markets, Equality, and Justice*, cit.

contrario, una institución que valora el cuidado como una parte esencial de la vida de todo ser humano, que reconoce la importancia de remunerar de manera justa a quienes desarrollan trabajos de cuidado, que adapta el cuidado de acuerdo con las necesidades y opiniones de los sujetos (de acuerdo con la edad, el género, la discapacidad, la situación económica, etc.), sería una institución capaz de brindar un cuidado de calidad.

El trabajo de cuidados puede realizarse en distintos ámbitos: en los hogares, en el mercado, en entornos comunitarios o como servicio público. En todos estos ámbitos el trabajo de cuidados es un trabajo socialmente devaluado, ya que tradicionalmente ha sido una actividad ejecutada fundamentalmente por mujeres. Es por ello por lo que, en el ámbito extra doméstico, las profesiones y trabajos de cuidado son mal remunerados y se desarrollan en condiciones laborales muy precarias. Cabe indicar que la fuerte presencia de las mujeres en el trabajo no remunerado del hogar es una de las principales razones que les impide tener acceso a las mismas condiciones e ingresos que los hombres<sup>21</sup>.

Bajo este marco, el objetivo general de esta investigación es indagar las nociones implícitas y explícitas de la Corte constitucional del Ecuador que dan cuenta de avances y continuidades en torno al cuidado, con especial atención a la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación judicial. Este enfoque permite visibilizar las desigualdades de género presentes en el ejercicio del derecho al cuidado, dado que el análisis del cuidado implica necesariamente considerar las asimetrías históricas y sociales entre hombres y mujeres en la distribución de estas tareas. Para alcanzar este propósito se plantea como objetivos específicos: identificar las medidas de política pública que la Corte constitucional desarrolla para garantizar el ejercicio del derecho al cuidado; y, analizar si las medidas que pone en marcha la Corte constitucional promueven la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ejercicio del derecho al cuidado.

## 2. Metodología

El enfoque del estudio es cualitativo, con énfasis en el análisis de discursos. El estudio no pretende generalizar los resultados, sino comprenderlos, considerando los contextos sociales y culturales en que tienen lugar. Para la recolección de los datos se aplicó la técnica de análisis documental de casos emblemáticos; se trata de una técnica que permite acceder a fuentes secundarias producidas para una finalidad anterior o distinta a la que persigue el investigador<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> CARRASCO - BORDERÍAS - TORNOS (eds.), *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y políticas*, cit.

<sup>22</sup> LÓPEZ - SCANDROGLIO, *De la investigación a la intervención psicosocial: la metodología cualitativa y su integración con la metodología cuantitativa*, en BLANCO ABARCA - RODRÍGUEZ MARÍN (coords.), *Intervención psicosocial*, Madrid, 2007, 585.

La muestra estuvo constituida por sentencias de la Corte constitucional del Ecuador dictadas en el período 2008-2023 que resuelven demandas planteadas en torno a diversas políticas de cuidado: políticas de tiempo para cuidar (prestaciones que liberan tiempo del empleo para dedicarlo a los cuidados no remunerados), políticas que entregan dinero para cuidar (que se otorgan como contraprestación a la dedicación al cuidado de alguna persona en el entorno familiar) y servicios de cuidados (que se facilitan en espacios institucionalizados o que se proporcionan en los centros de trabajo)<sup>23</sup>.

La palabra clave utilizada en el sistema de búsqueda de la Corte constitucional del Ecuador para la identificación de sentencias relevantes fue “cuidado”, término empleado por los demandantes para caracterizar la situación que daba cuenta del derecho vulnerado o bien al invocar las normas nacionales e internacionales que consideraban quebrantadas. Adicionalmente, la Corte adoptó el concepto de “cuidado” en un sentido doctrinario para desarrollar el contenido del derecho y los indicadores de política pública necesarios para su efectiva implementación.

El análisis contempló varias dimensiones del derecho al cuidado: los/as titulares del derecho al cuidado, los/as garantes de este derecho y el diseño de políticas, medidas, prestaciones, beneficios y servicios en torno al cuidado<sup>24</sup>. En este contexto, la aplicación de la perspectiva de género en la administración de justicia es esencial para reconocer cómo históricamente las sociedades han asignado las responsabilidades del cuidado de manera desigual entre hombres y mujeres. Analizar el cuidado desde un enfoque de género implica visibilizar estas desigualdades y promover una redistribución más equitativa de las tareas de cuidado, en el marco del principio de igualdad y no discriminación.

### 3. Resultados

La Corte constitucional entiende el cuidado como un conjunto de actividades orientadas a garantizar el bienestar y la continuidad de la vida, abarcando tanto la atención a las necesidades físicas y emocionales de las personas como la preservación del entorno en el que vivimos<sup>25</sup>.

Sostiene la Corte que las actividades relacionadas con el cuidado y con la construcción cotidiana de vínculos sociales y afectivos, como alimentar, cocinar, cambiar pañales, limpiar una casa, lavar, planchar la ropa, jugar, atender en la enfermedad, son importantes e imprescindibles para la vida en sociedad; debido a que la carga de obligaciones de cuidado ha recaído tradicionalmente en las

---

<sup>23</sup> BATHYÁNY DIGHIRO, *Las políticas y el cuidado en América Latina. Una mirada a las experiencias regionales*, cit.

<sup>24</sup> PAUTASSI, *El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos*. Santiago de Chile, 2007

<sup>25</sup> Corte const., sentencia n. 3-19-JP/20 y acumulados, Revisión de garantías (JP), Derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, 91.

mujeres, estas actividades no son valoradas ni social ni económicamente<sup>26</sup>. Analizar el cuidado desde una perspectiva de género permite visibilizar cómo, históricamente, las mujeres han sido asignadas de manera desproporcionada a estas tareas, y cómo ello contribuye a la perpetuación de la desigualdad de género en distintos ámbitos de la vida social.

La Corte constitucional desarrolla el derecho al cuidado a partir de tres elementos: el o la titular del derecho, el contenido y alcance del derecho y el sujeto obligado.

Sobre el/la titular del derecho, afirma la Corte constitucional que el derecho al cuidado es un derecho universal, es decir, que todas las personas necesitan cuidados a lo largo del ciclo vital; sin embargo, hay períodos en que estas necesidades son más imprescindibles para la sobrevivencia, sobre todo al comienzo y al final de la vida<sup>27</sup>.

Respecto del contenido y alcance del derecho, sostiene la Corte constitucional que en el cuidado están comprendidas todas aquellas actividades necesarias para reproducir la vida, mediante la construcción y el fortalecimiento de vínculos y condiciones para realizar el *sumak kawsay*. Comprende, de acuerdo con las circunstancias de cada persona, el derecho a cuidar, a ser cuidado y a cuidarse<sup>28</sup>.

El/la obligado/a es cualquier persona que, en relación con las responsabilidades establecidas por acuerdo o por el sistema jurídico, asume la responsabilidad de cuidar. La obligación del cuidado no distingue entre hombres o mujeres, y tiene lugar en diversos ámbitos: familia, lugar de trabajo, el sistema educativo, el barrio, el condominio, las organizaciones sociales, la comunidad y el Estado (nacional, provincial, cantonal, parroquial)<sup>29</sup>.

En este sentido, aplicar la perspectiva de género en la interpretación judicial resulta esencial para fomentar la redistribución de las responsabilidades de cuidado, desafiando las normas de género que históricamente han asignado estas tareas a las mujeres. Las políticas públicas deben establecer mecanismos que favorezcan la participación equitativa de hombres y mujeres en las labores de cuidado, tanto dentro del hogar como en otros ámbitos de la vida social. La interpretación judicial puede facilitar el ejercicio igualitario de este derecho, erradicando las desigualdades estructurales y reconociendo el cuidado como un bien común.

---

<sup>26</sup> Corte const., sentencia n. 3-19-JP/20 y acumulados, 90-98.

<sup>27</sup> Corte const., sentencia n. 3-19-JP/20 y acumulados, 113-115.

<sup>28</sup> Corte const., sentencia n. 3-19-JP/20 y acumulados, 120-127. En esta misma sentencia, la Corte constitucional enfatiza que el *sumak kawsay* o “buen vivir” es un modo de vida que busca la armonía y el equilibrio entre los seres humanos, la naturaleza y todos los componentes de la vida cósmica. Implica un ejercicio integral de derechos y responsabilidades, basado en principios como la relacionalidad y la reciprocidad. La relacionalidad destaca que todos los seres vivos están interconectados en un tejido cósmico, donde cada ser humano es una hebra que contribuye al mantenimiento del equilibrio de la vida. La reciprocidad, por su parte, subraya que las relaciones entre las personas deben estar basadas en el respeto mutuo y en el cuidado.

<sup>29</sup> Corte const., sentencia n. 3-19-JP/20 y acumulados, 129-130.

## 4. Las políticas de tiempo para cuidar

### 4.1. Las licencias de maternidad

La Corte constitucional ha tenido la oportunidad de analizar el ejercicio del derecho al cuidado por parte de mujeres embarazadas, en licencia de maternidad o en período de lactancia, en los casos de finalización de contratos de servicios ocasionales en el sector público. La Corte ha enfatizado que las mujeres embarazadas o en período de lactancia pertenecen a un grupo de atención prioritaria, debido a lo cual tienen derecho a una protección especial y reforzada, que se fundamenta en dos supuestos:

«(i) la sola condición de mujer embarazada y en período de lactancia que pone a las mujeres en una situación de vulnerabilidad y en algunas circunstancias, incluso, las coloca en una situación de riesgo frente a sus derechos como la salud sexual, la salud reproductiva así como, en general, todos los derechos que conlleven la prestación de salud integral; y, (ii) en la necesidad de corregir la situación estructural de desigualdad y discriminación que enfrentan, en general, las mujeres, y en particular, las mujeres embarazadas y en período de lactancia, en el acceso y ejercicio efectivo de sus derechos tanto en el ámbito público como privado, con fundamento en patrones socioculturales de discriminación, prejuicios, preconceptos y estereotipos.»<sup>30</sup>

La Corte constitucional reconoce que existe una situación de desigualdad estructural y discriminación histórica que limita el acceso y ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, en distintos ámbitos. El machismo, la estructura social patriarcal y la prevalencia de estereotipos sexistas, con base en el ejercicio del rol reproductivo, entre otros, son factores estructurales que perpetúan la discriminación contra las mujeres e incrementan su situación de riesgo. En este contexto, el Estado tiene la obligación de adoptar distintas medidas de carácter legislativo, de política pública, de protección judicial, entre otras, desde un enfoque diferenciado e interseccional, con el fin de atender las necesidades particulares de protección y reducir progresivamente los obstáculos o barreras que limitan el pleno ejercicio de sus derechos<sup>31</sup>.

Agrega la Corte que el derecho a la protección especial y prioritaria de las mujeres embarazadas y en período de lactancia implica por parte del Estado el cumplimiento de obligaciones negativas o de abstención y de obligaciones positivas o reforzadas. Entre las primeras se encuentra la prohibición de despido de una mujer trabajadora asociada a su condición de gestación y maternidad, la prohibición de discriminación en el ámbito laboral por su embarazo y roles

---

<sup>30</sup> Corte const., sentencia n. 108-14-EP/20, Derecho a la protección especial de la mujer en periodo de lactancia, en el ejercicio del derecho al trabajo, 86.

<sup>31</sup> Corte const., sentencia n. 108-14-EP/20, 84-85.

reproductivos. Las segundas incluyen el acceso a empleo, formación laboral y profesional, remuneración equitativa, eliminación de riesgos laborales que afecten su salud reproductiva, estabilidad en el empleo durante el embarazo o la lactancia. La protección reforzada se relaciona con el efectivo ejercicio del derecho a la vida digna, la salud e integridad personal, la seguridad social y los derechos de las niñas y niños<sup>32</sup>.

Bajo este marco, la decisión de las instituciones públicas de no renovar los contratos de servicios ocasionales de las trabajadoras durante el periodo de lactancia que corresponde por ley agrava su situación de vulnerabilidad y pone en riesgo el ejercicio efectivo de otros derechos interdependientes de su derecho al trabajo. Si bien los contratos de servicios ocasionales no generan estabilidad laboral para la o el servidor público, sí lo hace en el caso de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia. El vencimiento del plazo del contrato de servicios ocasionales no constituye una causa justa de terminación de la relación laboral, por lo que la protección especial extiende el contrato al menos hasta la culminación del período de lactancia<sup>33</sup>.

La protección especial consiste en garantizar la misma remuneración a la percibida antes del embarazo o una mejor, el respeto de la licencia de maternidad y el permiso de lactancia, además de la obligación que tiene el empleador de generar un ambiente laboral adecuado, acorde a sus necesidades específicas. La desvinculación de la trabajadora por embarazo o lactancia se considerará una falta grave por parte del empleador y el despido carecerá de validez, por lo que la trabajadora podrá reincorporarse inmediatamente a su puesto; en caso de no desearlo así, además de su derecho a la compensación tendrá derecho a medidas de reparación según las circunstancias de cada caso. La compensación para el derecho al cuidado busca desincentivar la desvinculación del trabajo de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia<sup>34</sup>.

La Corte constitucional desarrolla los indicadores de la política pública de cuidado para mujeres en estado de embarazo y en periodo de lactancia en el contexto laboral público, a partir de los siguientes elementos: el derecho al trabajo sin discriminación, el derecho a la protección especial y el derecho a la lactancia materna:

- Las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia no pueden ser discriminadas. Los empleadores garantizarán que no pierdan sus empleos por el hecho del embarazo o la lactancia.
- La atención prioritaria y especializada para las mujeres embarazadas y en período de lactancia en los ámbitos público y privado busca proteger su vida y su salud, así como generar las condiciones adecuadas para su recuperación, en función de sus necesidades específicas.

---

<sup>32</sup> Corte const., sentencia n. 108-14-EP/20, 87-92.

<sup>33</sup> Corte const., sentencia n. 108-14-EP/20, 93-103.

<sup>34</sup> Corte const., sentencia n. 3-19-JP/20 y acumulados, 187-192.

- El Estado está obligado a respetar la lactancia materna y generar las condiciones necesarias para el ejercicio de este derecho en los espacios de trabajo. Las mujeres tienen derecho a dar de lactar a su hijo o hija en condiciones dignas en su trabajo o donde pudieren hacerlo. Asimismo, tienen derecho a decidir si optan por la lactancia o por interrumpir la misma sin que esto interfiera en el tiempo que tienen para alimentar de otra forma a su hijo o hija.

- El deber que tienen el padre y la madre de alimentar al niño o niña debe ser compartido de forma equitativa<sup>35</sup>.

La Corte constitucional también ha tenido la oportunidad de reflexionar sobre las desigualdades en el ejercicio del derecho al cuidado entre trabajadoras del sector privado y el sector público y las desigualdades entre mujeres y hombres.

En el primer caso, la Corte constitucional analizó la situación de las servidoras públicas bajo la ley orgánica del servicio público (LOSEP) que gozaban del permiso para el cuidado del recién nacido durante doce meses contados a partir de la conclusión de la licencia de maternidad, mientras que para las trabajadoras bajo el código del trabajo se establecía este permiso desde el parto. La Corte determinó que no existe una razón objetiva ni una justificación constitucional para establecer esta diferenciación y concluyó que este tratamiento era discriminatorio y menoscababa el derecho de las trabajadoras sujetas al código de trabajo<sup>36</sup>.

Por otra parte, la Corte constitucional ha señalado que el hecho de que a las mujeres se les reconozca más tiempo para el cuidado del recién nacido que a los hombres constituye una forma de reforzar el rol de cuidado asignado a las mujeres, reafirmar estereotipos de género, preservar la desigualdad en los roles de cuidado y dificultar la reincorporación y permanencia de las mujeres en el mercado laboral<sup>37</sup>.

Dice la Corte constitucional que los hombres también deben participar y compartir equitativamente las responsabilidades familiares de cuidado. Para ello, el Estado debe formular políticas que promuevan la toma de conciencia de la paternidad como un valor y una responsabilidad de carácter social, el equilibrio de las responsabilidades laborales y familiares y la eliminación de las brechas de género. Una de las medidas para alcanzar este objetivo es fortalecer la licencia de paternidad. En este sentido, la Corte considera que la Asamblea Nacional debe legislar sobre la ampliación de la licencia de paternidad, de ser posible, progresivamente equiparable con la de maternidad, las condiciones para su ejercicio, los supuestos en los que no sería posible ejercer este derecho (como el caso de violencia doméstica o suspensión de patria potestad), las formas de garantizar que el tiempo de licencia sea efectivamente destinado al cuidado y las consecuencias por incumplimiento de los roles de cuidado<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Corte const., sentencia n. 3-19-JP/20 y acumulados, 70-86.

<sup>36</sup> Corte const., sentencia n. 36-19-IN/21, Análisis de constitucionalidad del inciso tercero del artículo 155 del Código de trabajo, 10.

<sup>37</sup> Corte const., sentencia n. 3-19-JP/20 y acumulados, 141.

<sup>38</sup> Corte const., sentencia n. 3-19-JP/20 y acumulados, 139-147.

El enfoque de género en la interpretación judicial es esencial para comprender que las licencias de maternidad también reflejan roles de género tradicionales. En América Latina, las licencias de maternidad se han diseñado bajo la presunción de que la mujer es la principal responsable del cuidado infantil. Por ello, la política pública debe avanzar hacia una redefinición de los roles de cuidado y un cambio en las expectativas sociales acerca del papel de las mujeres en la vida laboral. En este contexto, la ampliación de las licencias de paternidad, como lo sugiere la Corte constitucional, es una medida que no solo busca equilibrar las cargas laborales entre hombres y mujeres, sino promover la corresponsabilidad familiar. Las licencias de maternidad y paternidad deben ser entendidas como parte de una estrategia integral para superar las brechas de género tanto en el entorno laboral como en el familiar.

#### **4.2. El tiempo para el cuidado de personas con discapacidad**

La Corte constitucional ha examinado varios casos en los que se han vulnerado los derechos constitucionales de servidoras/es públicas/as que tienen bajo su responsabilidad el cuidado de personas con discapacidad.

Por ejemplo, la Corte constitucional analizó el caso de una maestra con discapacidad que tenía a su cargo una hija con discapacidad severa, a quien el Ministerio de Educación le negó el permiso de dos horas diarias para el cuidado de su hija. La Corte sostuvo que, acorde con los fines del Estado constitucional de derechos y justicia, el espíritu de la ley es brindar seguridad y protección en el ámbito laboral a toda persona con discapacidad a través de la adaptación y mejoramiento de las condiciones de trabajo, de acuerdo con sus necesidades. Se impone de este modo un tratamiento preferencial para los docentes que tienen bajo su cuidado y responsabilidad a familiares con discapacidad severa o enfermedad catastrófica debidamente certificadas. Se busca tutelar los derechos a la salud, a la vida e integridad personal de la persona con discapacidad y el bienestar integral del núcleo familiar<sup>39</sup>.

Otra de las medidas para el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad es la garantía de estabilidad laboral reforzada, que asegura la permanencia en el empleo de los servidores/as públicos/as que tienen bajo su cuidado y responsabilidad a una persona con un grado severo de discapacidad, de modo que no se vean afectadas por la cesación definitiva de funciones por supresión de puestos o la compra de renuncia obligatoria.

Al analizar un caso de terminación de la relación laboral de una servidora pública que tenía a su cargo la manutención de una persona con discapacidad, mediante la aplicación de la figura de compra de renuncia obligatoria, la Corte concluyó que se vulneró su derecho constitucional al trabajo, en conexión con el derecho de su hijo a recibir atención prioritaria. Como medida de restitución de los derechos conculcados, la Corte consideró que correspondía dejar sin efecto la terminación de la relación

---

<sup>39</sup> Corte const., sentencia n. 381-17-SEP-CC.

laboral y que la demandante debía ser reincorporada al trabajo, a través de nombramiento permanente, en las mismas o similares condiciones en que se encontraba cuando se le aplicó la medida de terminación de la relación laboral. Por cuanto la subsistencia de su hijo se vio amenazada, como medida de reparación económica, la Corte estimó que la institución debía cancelar a la demandante el valor correspondiente a las remuneraciones no percibidas y demás beneficios de ley, desde la terminación de la relación laboral hasta la reincorporación al trabajo, más los intereses de ley, debiéndose descontar de tal cantidad los valores que se le hubieren entregado por concepto de indemnización<sup>40</sup>.

También la Corte constitucional dictó una sentencia respecto de la decisión de una autoridad de la policía nacional que obstaculizó el derecho del funcionario a contar con el tiempo suficiente para el cuidado de su hijo con discapacidad. La Corte sostuvo que la decisión de la Policía Nacional de transferir al demandante a otro lugar de trabajo sin justificación afectó el cuidado que su hijo con discapacidad requería de parte de su progenitor<sup>41</sup>.

No obstante, la Corte constitucional pierde la oportunidad de visibilizar cómo la asignación desigual del trabajo de cuidado entre hombres y mujeres sigue siendo un obstáculo para la igualdad en el ámbito laboral y social. Al no identificar el impacto de género en los casos que analiza, la Corte deja de lado la reflexión sobre cómo la distribución desproporcionada de las responsabilidades de cuidado persiste como una barrera para el logro de la equidad. A pesar de que las medidas adoptadas benefician a las personas cuidadoras, es crucial que se reconozca que las mujeres, en particular, enfrentan barreras adicionales para conciliar sus responsabilidades laborales y familiares, lo cual requiere no solo de medidas de tiempo y estabilidad laboral, sino también de políticas públicas que promuevan una redistribución más justa del trabajo doméstico y de cuidado.

## 5. Políticas de dinero para cuidar

### 5.1. El bono de vivienda

La Corte constitucional analizó la situación de una mujer adulta mayor, residente en una zona rural, a cargo de cuatro niños y en situación de extrema pobreza, a quien el Ministerio de desarrollo urbano y vivienda (MIDUVI) le negó el bono de vivienda por no tener legalizado el título de propiedad. La Corte estimó necesario referirse a los derechos de las personas adultas mayores, como grupo de atención prioritaria:

«La Constitución de la República ha instituido de manera categórica la obligación del Estado de establecer mecanismos, normativos y políticos, que

---

<sup>40</sup> Corte const., sentencia n. 172-18-SEP-CC.

<sup>41</sup> Corte const., sentencia n. 1740-17-EP, 56-79.

refuerzan la protección a este grupo de atención prioritaria y que favorezcan una verdadera inclusión social y económica, que propendan a la eliminación de todas las formas de discriminación por motivos de edad de manera que este grupo etario, puede acceder a todos los derechos constitucionales, sean estos civiles, políticos o económicos, sociales y culturales, y logren vivir con dignidad y libertad, en igualdad de condiciones que cualquier otro grupo de la sociedad»<sup>42</sup>.

La Corte afirma que, al haber omitido el análisis del derecho a la vivienda, enmarcado en la situación de vulnerabilidad de la demandante y su familia, los jueces vulneraron su derecho a una vivienda adecuada y digna. Asimismo, considera que, al invisibilizar la realidad particular de la accionante, los juzgadores vulneraron su derecho a la igualdad material. Para el Alto Tribunal, aplicar una norma de efectos generales a personas que se encuentran en situación de desigualdad, por pertenecer a grupos vulnerables en situación de pobreza o extrema pobreza, constituye una forma de discriminación indirecta<sup>43</sup>.

Si bien la sentencia aborda la necesidad de protección de grupos vulnerables, también debió reconocer el impacto diferenciado que tiene para las mujeres la falta de acceso a la vivienda, especialmente para aquellas que son responsables del cuidado de otros miembros del núcleo familiar y que además se encuentran en situación de pobreza. La Corte constitucional pudo haber desarrollado indicadores de política pública que traten específicamente estas desigualdades, desde una perspectiva de género.

## 5.2. La pensión para personas con discapacidad

La Corte constitucional también ha tenido oportunidad de pronunciarse frente al derecho a la seguridad social de las personas con discapacidad, y su derecho a la salud y vida digna, en el marco de la protección especial y reforzada a que tienen derecho por parte del Estado. «La atención prioritaria y protección reforzada de las personas con discapacidad se fundamenta en la situación de vulnerabilidad y los factores de riesgo y exclusión que enfrentan en diversos ámbitos de la sociedad, como sucede con los obstáculos para acceder a la educación, trabajo, participación, justicia, salud y otros»<sup>44</sup>.

La Corte constitucional argumenta que la seguridad social debe garantizar una prestación adecuada que permita vivir en condiciones dignas a las personas que hayan perdido temporalmente sus ingresos, reciban un ingreso reducido o se hayan visto privadas de oportunidades de empleo debido a la discapacidad o a factores relacionados con esta<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Corte const., sentencia n. 344-16-SEP-CC.

<sup>43</sup> Corte const., sentencia n. 344-16-SEP-CC.

<sup>44</sup> Corte const., sentencia n. 1504-19-JP, *Revisión de garantías (JP), protección especial y reforzada con base en la condición de discapacidad*, 71.

<sup>45</sup> Corte const., sentencia n. 1504-19-JP, 76, 78, 127, 129.

En el caso motivo de análisis, la vulneración del derecho a la seguridad social generó que el demandante no pueda acceder a los establecimientos, bienes y servicios de salud de las Fuerzas Armadas, que no pueda recibir una atención especializada y que dependa de la gestión de sus padres para acceder a otros servicios de salud. Sin una pensión de discapacidad, sus condiciones de vida empeoran pues no contaba con un ingreso independiente que le permitiera cubrir sus necesidades básicas<sup>46</sup>.

Como medida de reparación y garantía de no repetición, la Corte constitucional determinó que el Instituto de seguridad social de las fuerzas armadas (ISSFA) debía conceder al accionante una pensión de subsistencia, junto con el pago de todos los valores adeudados por concepto de pensión de discapacidad. Asimismo, la Corte se pronunció sobre el derecho a la integridad psicológica de los padres del demandante, considerando que debía reconocérseles una compensación económica por el sufrimiento causado y garantizarles acceso a atención psicológica<sup>47</sup>.

La Corte constitucional aborda la situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad que requieren cuidados, pero es crucial que visibilice las cargas adicionales que enfrentan las personas que asumen dichos cuidados. Son las mujeres quienes suelen enfrentarse a una mayor sobrecarga de trabajo emocional y físico, lo que agrava su situación de vulnerabilidad. En consecuencia, la Corte debe enfatizar la necesidad de políticas que reconozcan y modifiquen las desigualdades de género en el acceso a la seguridad social y a atención especializada para las personas con discapacidad.

## **6. Servicios de cuidado**

### **6.1. Servicios de cuidado para mujeres embarazadas o en período de lactancia**

La Corte constitucional ha identificado obligaciones generales, obligaciones durante el embarazo, el parto, el puerperio y la lactancia, obligaciones relativas al ambiente laboral y obligaciones respecto de los lactarios y los centros de cuidado diario que las instituciones públicas tienen la responsabilidad de implementar para garantizar el derecho al cuidado de las mujeres embarazadas o en período de lactancia.

Respecto de las obligaciones relacionadas con los lactarios, las instituciones públicas deberán:

- Disponer lugares dignos, específicos y acondicionados para la lactancia, extracción y conservación de la leche materna en los lugares donde trabajen mujeres en edad fértil, conforme las normas para la implementación y

---

<sup>46</sup> Corte const., sentencia n. 1504-19-JP, 148-155.

<sup>47</sup> Corte const., sentencia n. 1504-19-JP, 157-179.

funcionamiento de lactarios del Ministerio de Salud Pública y las normas que rigen el servicio público.

- Promover y garantizar que cada entidad estatal a nivel nacional y en los gobiernos locales inviertan en adecuación para lactarios<sup>48</sup>.

Respecto de los centros de cuidado diario, las instituciones públicas tienen la responsabilidad de:

- Implementar servicios de cuidado infantil por parte de la propia entidad o, cuando el servicio sea accesible por la cercanía al lugar de trabajo, a cargo de entidades del sector público.

- Si no fuere posible, la entidad pública podrá realizar acuerdos con centros de cuidado infantil privado que se encuentren cerca del lugar de trabajo y ofrezcan las condiciones adecuadas para el servicio.

- Podrán realizarse convenios entre dos o más instituciones para que se utilicen las instalaciones de una institución por parte de los/as hijos/as de los/as servidores/as que laboren en otra institución.

- En el caso de que sean servidores públicos en dos instituciones diferentes, tanto el padre, como la madre de las niñas y niños, podrán beneficiarse con este servicio en una de las dos instituciones por cada hija o hijo, de tal manera que el beneficio no se duplique.

- En caso de que una institución no cuente con los servicios necesarios, podrá pagarse en dinero a la servidora o servidor, hasta los montos máximos establecidos por el ministerio encargado de las relaciones laborales, y previo el respectivo dictamen favorable del ministerio encargado de la economía y finanzas del Estado, por cada hija o hijo que tengan hasta que cumpla los 5 años, independientemente de la modalidad de trabajo y la compensación del cuidado<sup>49</sup>.

La Corte constitucional reconoce la importancia de garantizar condiciones dignas para la lactancia y el cuidado infantil. No obstante, la obligación de implementar lactarios y centros de cuidado infantil en las instituciones públicas debe ir acompañada de un análisis más profundo sobre las disparidades de género en el acceso y la distribución de estos servicios. Por ejemplo, la Corte pudo haber subrayado cómo las mujeres enfrentan barreras adicionales para acceder a estas políticas, especialmente en contextos laborales informales o precarizados.

## **6.2. Acceso de niñas, niños y adolescentes en situación de movilidad humana a la educación**

Al analizar la situación de los niños, niñas y adolescentes en movilidad humana, la Corte sostiene que el Estado tiene la obligación de adaptar las políticas para facilitar su acceso al sistema educativo. El Estado debe evaluar los requisitos de acceso a la educación desde un punto de vista contextual, razonable

---

<sup>48</sup> Corte const., sentencia n. 3-19-JP/20 y acumulados, 160-161.

<sup>49</sup> Corte const., sentencia n. 3-19-JP/20 y acumulados, 164-167.

y objetivo, identificando aquellos requisitos que han sido omitidos por las circunstancias propias de los grupos vulnerables y subsanándolos a corto o mediano plazo<sup>50</sup>.

La obligación del Estado de garantizar el derecho a la educación tiene efectos en el desarrollo personal de los estudiantes y en su calidad de vida. En este sentido, la exigencia de requisitos irracionales no solo tiene un impacto negativo en la accesibilidad al derecho a la educación, sino también en el ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la vida digna<sup>51</sup>.

Los niños, niñas y adolescentes en movilidad humana tienen características específicas que deben ser observadas al momento de garantizar el derecho a la educación (si son personas inmigrantes, emigrantes o refugiadas, si han accedido a regularidad migratoria, si se encuentran con progenitores, solos o acompañados por otros adultos, si requieren de otras formas de protección, si son víctimas de delitos en contextos de movilidad). Se debe considerar las circunstancias concretas de vulnerabilidad (género, pobreza, origen étnico, discapacidad, religión, orientación sexual, identidad de género) que pueden agravar su vulnerabilidad a los abusos sexuales, explotación, violencia u otras violaciones de los derechos humanos, durante todo el proceso migratorio<sup>52</sup>.

Asimismo, en el acceso al sistema educativo de niños, niñas y adolescentes en movilidad humana se debe meditar sobre las posibles afectaciones al principio de no devolución; obligar a una persona a retornar a su país de origen a fin de obtener documentos para ejercer el derecho a la educación puede configurar una vulneración a este principio en la medida en que la ubica nuevamente ante los riesgos que motivaron su salida. Se debe considerar que el ejercicio del derecho a migrar no se agota en el acceso, sino que incluye la permanencia en el sistema educativo y, cumplidas las condiciones, debe incluir también el egreso y obtención del grado cursado. Es obligación del Estado la generación de condiciones para una convivencia libre de discriminación y xenofobia<sup>53</sup>.

La Corte constitucional ha destacado que las políticas educativas dirigidas a niños, niñas y adolescentes en movilidad humana deben considerar las condiciones de vulnerabilidad propias de este grupo y responder a sus necesidades específicas. Afirma la Corte que *«la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su condición se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos»*<sup>54</sup>.

No obstante, la Corte omite el análisis de las relaciones e implicaciones que existen entre educación y cuidado en el contexto de la migración. El acceso al

---

<sup>50</sup> Corte const., sentencia n. 1497-20-JP/21, 49-51.

<sup>51</sup> Corte const., sentencia n. 1497-20-JP/21, 54-65.

<sup>52</sup> Corte const., sentencia n. 1497-20-JP/21, voto concurrente, 10-12.

<sup>53</sup> Corte const., sentencia n. 1497-20-JP/21, voto concurrente, 22-26.

<sup>54</sup> Corte const., sentencia n. 1497-20-JP/21, 63.

sistema educativo para niñas, niños y adolescentes en situación de movilidad humana está íntimamente relacionado con el cuidado, que recae predominantemente sobre las personas cuidadoras, en su mayoría mujeres. Son ellas quienes asumen la responsabilidad de asegurar el bienestar de sus hijos/as, al tiempo que se ven obligadas a transitar por sistemas burocráticos que dificultan el acceso a la educación. Son ellas quienes soportan la carga de elaborar solicitudes, realizar gestiones legales y asumir los costos materiales y emocionales de enfrentar un sistema que no considera las particularidades de la movilidad humana.

El cuidado debe ser entendido como un componente fundamental para garantizar un entorno educativo seguro y libre de discriminación, que permita a los niños, niñas y adolescentes en movilidad humana desarrollar plenamente su potencial y ejercer sus derechos en condiciones de dignidad. Pero, además, la provisión de servicios educativos debe ir acompañada de estrategias para eliminar las desigualdades de género que afectan desproporcionadamente a las mujeres.

### **6.3. Atención de salud de personas con VIH**

La Corte constitucional analiza el alcance y contenido del derecho constitucional a la salud de las personas portadoras de VIH, como grupo de atención prioritaria. Manifiesta la Corte que el derecho a la salud impone la obligación al Estado, por un lado, de fortalecer los servicios de salud pública y, por otro, de asegurar las condiciones para que los ciudadanos puedan acceder de manera permanente a servicios de calidad y calidez sin ningún tipo de exclusión<sup>55</sup>.

«[...] el Estado es responsable de formular la política pública necesaria a fin de universalizar la atención en salud y mejorar permanentemente la calidad y ampliar la cobertura; fortalecer los servicios estatales de salud; incorporar el talento humano y proporcionar la infraestructura física y el equipamiento a las instituciones públicas de salud; brindar cuidado especializado a los grupos de atención prioritaria establecidos en la Constitución; garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces; promover el desarrollo integral del personal de salud; así como, garantizar las prácticas de salud ancestral y alternativa mediante el reconocimiento, respeto y promoción del uso de sus conocimientos, medicinas e instrumentos.»<sup>56</sup>

La Corte afirma que el Estado omite su deber de garantizar el derecho a la salud de una persona portadora de VIH cuando le niega la atención médica integral que requiere. En este contexto, dispone que la Policía Nacional asuma la responsabilidad de la prestación de servicios médicos al accionante, incluidos los tratamientos psicológicos (para él y su familia) y tratamientos físicos integrales

---

<sup>55</sup> Corte const., sentencia n. 364-16-SEP-CC.

<sup>56</sup> Corte const., sentencia n. 364-16-SEP-CC.

que requiera, así como la entrega de medicinas necesarias para atender su condición médica, a través de la institucionalidad de salud de la Policía nacional o de un servicio médico privado<sup>57</sup>.

En las sentencias analizadas por la Corte constitucional se observa una relación explícita entre el derecho a la salud y el cuidado integral de las personas portadoras de VIH, destacándose la obligación del Estado de garantizar atención que incluya tanto el tratamiento físico como el psicológico. Se subraya el vínculo que existe entre cuidado y atención de calidad, como pilar del acceso a la salud.

#### **6.4. Atención de salud de personas con discapacidad**

La Corte constitucional se ha referido a la negativa o la suspensión del servicio de salud de personas con discapacidad en instituciones del Instituto ecuatoriano de seguridad social (IESS) y del Ministerio de salud pública (MSP). El Alto Tribunal ha manifestado que el derecho a la salud comprende la atención oportuna y el disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para el ejercicio de este derecho, cuestión que cobra particular relevancia respecto de las personas con discapacidad<sup>58</sup>.

Así, la Corte determinó que la decisión del IESS de suspender la atención médica de un niño con discapacidad intelectual (nieto de una persona afiliada a la seguridad social, que tenía su custodia familiar), bajo el argumento de que la ley de seguridad social no hace extensiva la cobertura del servicio a los nietos del afiliado, no solo desconoció la doble vulnerabilidad del niño –por la edad y la discapacidad–, sino que generó una afectación adicional a su integridad personal y expuso al niño a una situación de discriminación<sup>59</sup>.

De la misma manera, la Corte sostuvo que los jueces provinciales que conocieron el caso debieron aplicar el principio del interés superior del niño y estimar la situación de vulnerabilidad, como la edad del niño, la discapacidad intelectual que padece, su situación socioeconómica y el hecho de que vive con sus abuelos maternos, quienes tienen su custodia familiar y pasaron a ser responsables de su cuidado. Por lo tanto, la sentencia de segunda instancia vulneró el derecho a la salud del niño al no haber realizado el respectivo análisis de la actuación del IESS que negó la atención del niño, sin considerar su situación de doble vulnerabilidad, sin estimar que se encontraba bajo custodia de un afiliado y sin el examen de lo que implica el derecho a la salud<sup>60</sup>.

Asimismo, la Corte constitucional analizó el caso de una persona con «discapacidad extrema y condición grave de salud» a quien el Ministerio de salud pública no le practicó una intervención quirúrgica de forma oportuna, alegando

---

<sup>57</sup> Corte const., sentencia n. 016-16-SEP-CC.

<sup>58</sup> Corte const., sentencia n. 328-19-EP/20, Vulneración del derecho a la salud de una persona con discapacidad.

<sup>59</sup> Corte const., sentencia n. 380-17-SEP-CC.

<sup>60</sup> Corte const., sentencia n. 380-17-SEP-CC.

falta de recursos, a pesar de que pertenece a un grupo de atención prioritaria. La Corte concluyó que el MSP vulneró su derecho a la salud y consideró imperativo determinar que la falta de recursos bajo ninguna circunstancia debe provocar una negativa de acceso a la salud. Por el contrario, es obligación del MSP, como máxima autoridad de salud, activar todos los mecanismos posibles de forma inmediata (como protocolos de apoyo con el sector privado o con la cooperación internacional), a fin de que no exista un detrimento en la salud de las personas que necesiten intervenciones quirúrgicas urgentes, más aún cuando requieran atención prioritaria y especializada<sup>61</sup>.

La Corte constitucional, al analizar casos relacionados con la atención en salud de personas con discapacidad, resaltó que el Estado tiene la obligación de garantizar un cuidado integral, que no se limite únicamente a la atención médica, sino que también contemple la dimensión emocional de las personas afectadas. La negativa o suspensión de servicios médicos, como lo evidencian los casos tratados, vulnera no solo el derecho a la salud, sino también el derecho al cuidado, especialmente cuando se trata de grupos de atención prioritaria. En este sentido, el Tribunal enfatizó la necesidad de asegurar el acceso de las personas con discapacidad a una atención adecuada y oportuna, promoviendo así su bienestar integral en condiciones de dignidad.

### **6.5. Atención de salud de personas con enfermedades catastróficas y de alta complejidad**

Dice la Corte constitucional que la insuficiencia renal es una enfermedad catastrófica que limita severamente la posibilidad de ejercer derechos a plenitud, pues condiciona la salud y la vida al tratamiento permanente de diálisis, por lo que quienes la padecen constituyen un grupo de atención prioritaria<sup>62</sup>. Sostiene que la amenaza al derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal tiene un carácter estructural, pues existen diferentes factores que configuran un riesgo permanente de suspensión del tratamiento de diálisis, siendo necesario establecer parámetros que orienten a la adopción de una política de carácter nacional que permita superar esta amenaza<sup>63</sup>.

La Corte desarrolla el contenido del derecho al cuidado integral, enfatizando que, frente a enfermedades que amenazan la vida, este derecho exige que la red pública de salud brinde una atención prioritaria, orientada a la prevención, el alivio del sufrimiento y el control del dolor, así como la atención de los problemas sociales, psicológicos y espirituales del paciente y su entorno. El cuidado integral implica proporcionar a las personas información clara y completa sobre su estado

---

<sup>61</sup> Corte const., sentencia n. 328-19-EP/20, 53-58.

<sup>62</sup> Corte const., sentencia n. 679-18-JP/20 y acumulados, Derecho a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, 91-99.

<sup>63</sup> Corte const., sentencia n. 16-16-JC/20, Derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal crónica que requieren tratamiento de hemodiálisis, 73-89.

de salud, de manera que puedan tomar decisiones libres y voluntarias sobre los tratamientos que desean seguir. En este contexto, los cuidados paliativos abarcan el acompañamiento necesario para aliviar el dolor y el sufrimiento, promover una vida lo más activa posible, y brindar apoyo material, psicológico y espiritual tanto al paciente como a su círculo cercano<sup>64</sup>.

De manera particular, la Corte constitucional reconoce los impactos de la enfermedad desde una perspectiva de género:

«Asimismo, el impacto de la insuficiencia renal sobre las mujeres hace que, a las desventajas estructurales de la inequidad de género se sume las consecuencias de la afectación en la salud física y mental que provoca esta enfermedad. Las mujeres se ven obligadas a extremar los cuidados para ellas mismas a causa de la enfermedad y, a la vez, cumplir al máximo con los roles de cuidado familiar que han sido socialmente asignadas. También cuando sus cónyuges son los pacientes renales se convierten en proveedoras del hogar, al tiempo que deben asumir las tareas de cuidado de la salud de su pareja»<sup>65</sup>.

Recalca la Corte que la carga de obligaciones de cuidado ha recaído tradicionalmente en las mujeres, tanto a nivel de servicios públicos como en los hogares, por lo que corresponde al Estado universalizar el ejercicio del derecho y de la obligación de cuidar para que lo ejerzan, en igualdad de condiciones, tanto los hombres como las mujeres<sup>66</sup>.

A diferencia de otras decisiones, en este caso, la Corte constitucional reconoce de manera explícita que son las mujeres quienes asumen de manera desproporcionada la carga de cuidado. Este trabajo no remunerado y sobrecargado, que incluye el acompañamiento de personas con enfermedades graves, coloca a las mujeres en una situación de doble vulnerabilidad. Por ello, la Corte enfatiza que el ejercicio del derecho al cuidado debe ser universalizado, promoviendo una distribución equitativa de responsabilidades entre hombres y mujeres. Esto implica que tanto los servicios de salud deben diseñarse para aliviar la carga de cuidado y asegurar que los recursos y la atención sean accesibles y no recaigan exclusivamente sobre las mujeres.

## **6.6. Atención de salud de personas privadas de la libertad**

De acuerdo con la Corte constitucional, el derecho a la integridad física está intrínsecamente relacionado con el derecho a la salud, y, a su vez, con el acceso a la atención médica. La falta de acceso a servicios de salud por parte de las personas privadas de libertad puede afectar su derecho a la integridad física. En la medida en que la acción de hábeas corpus tiene por objeto proteger la integridad

---

<sup>64</sup> Corte const., sentencia n. 679-18-JP/20 y acumulados, 197-205.

<sup>65</sup> Corte const., sentencia n. 16-16-JC/20, 100.

<sup>66</sup> Corte const., sentencia n. 679-18-JP/20 y acumulados, 204.

física de las personas privadas de libertad, la falta de acceso a servicios de salud está protegida por esta garantía<sup>67</sup>.

Considera la Corte que la vulnerabilidad de las personas privadas de libertad se configura por la imposibilidad de proveerse a sí mismas de ciertas condiciones de vida debido a la limitación de su libertad física o ambulatoria. En este contexto, es obligación del Estado proteger su derecho a la salud, como parte de su derecho a la integridad física, lo que implica «recibir atención médica oportuna, el ser trasladadas a centros hospitalarios externos para atención médica, recibir los tratamientos y medicamentos necesarios de una manera inmediata, oportuna y preferente, entre otras, en virtud de que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal»<sup>68</sup>.

«El servicio de atención de la salud debe mantener historiales médicos adecuados, actualizados y confidenciales de todas las personas privadas de libertad, lo cual debe ser accesible para esas personas cuando lo soliciten. Esos servicios médicos deben estar organizados y coordinados con la administración general del servicio de atención en salud general, lo cual implica establecer procedimientos adecuados y expeditos para el diagnóstico y tratamiento de los enfermos, así como para su traslado cuando su estado de salud requiera cuidados especiales en establecimientos penitenciarios especializados o en hospitales civiles. Para hacer efectivos estos deberes, son necesarios protocolos de atención en salud y mecanismos ágiles y efectivos de traslado de prisioneros, particularmente en situaciones de emergencia o enfermedades graves.»<sup>69</sup>

La Corte constitucional enfatiza que la privación de libertad no puede significar la pérdida del derecho a la salud ni justificar condiciones que agraven la salud física o mental de las personas privadas de libertad. La falta de atención médica adecuada, especialmente en casos de enfermedades crónicas o catastróficas, constituye una vulneración a los derechos a la salud y la vida, pudiendo derivar en tratos crueles, inhumanos o degradantes. Mediante el hábeas corpus, es posible ordenar medidas para garantizar la atención médica, incluida la prestación de servicios fuera del centro de privación de libertad cuando sea necesario. Cuando los servicios de salud no puedan ser proporcionados dentro ni fuera del centro, se podrán considerar medidas alternativas a la privación de libertad para asegurar el acceso al tratamiento requerido<sup>70</sup>.

Además de los derechos vulnerados a la persona privada de libertad, la Corte sostuvo que también se afecta el derecho a la integridad personal de su

---

<sup>67</sup> Corte const., sentencia n. 209-15-JH/19 y acumulado, Derecho de las personas privadas de libertad a acceder a servicios de salud y acción de hábeas corpus.

<sup>68</sup> Corte const., sentencia n. 017-18-SEP-CC.

<sup>69</sup> Corte const., sentencia n. 017-18-SEP-CC.

<sup>70</sup> Corte const., sentencia n. 209-15-JH/19 y acumulado, 35-52.

madre, quien experimentó sufrimientos y aflicciones como resultado de las acciones y omisiones de las autoridades estatales. En este sentido, la Corte ordenó que el Ministerio de Salud Pública realice una evaluación integral de su salud psíquica y desarrolle un plan de tratamiento psicológico adecuado. Asimismo, dispuso una compensación económica destinada a cubrir los gastos asumidos por la madre para garantizar la atención médica de su hijo, incluyendo costos relacionados con recetas, consultas médicas, tratamientos psicológicos, y la afiliación voluntaria a la seguridad social. Este análisis resalta el enfoque integral del Tribunal al abordar las repercusiones de las violaciones de derechos, tanto sobre las personas privadas de la libertad como sobre sus familiares cercanos<sup>71</sup>.

La Corte constitucional subraya la importancia de garantizar el acceso a la salud de las personas privadas de libertad. En este sentido, el cuidado es crucial para preservar la integridad física y emocional de las personas encarceladas, lo que implica asegurar condiciones de detención que respeten la dignidad humana.

Asimismo, la Corte ha observado que frecuentemente son las mujeres quienes, en su rol de madres, esposas o familiares, asumen de manera desproporcionada la carga de gestionar la atención médica para los detenidos. Son ellas quienes se ocupan de la compra de las medicinas recetadas por los médicos, debido a la inexistencia de medicamentos en el centro penitenciario, así como de contactar a los profesionales de la salud y coordinar el envío de los medicamentos, a pesar de las restricciones y los protocolos impuestos por los centros penitenciarios. Además, ellas realizan las gestiones necesarias ante las autoridades carcelarias para el traslado de sus hijos a hospitales de la red pública de salud, siguiendo los procedimientos legales y administrativos correspondientes, a fin de garantizar que se lleve a cabo la atención especializada que se requiere de urgencia, muchas veces, sin lograrlo.

Al respecto, se podría abordar la problemática de la sobrecarga emocional y económica que enfrentan las mujeres desde la reparación integral, por ejemplo, a partir de políticas públicas que proporcionen apoyo psicológico y económico, especialmente para mujeres, sin que recaiga de manera desproporcionada sobre ellas la atención de las personas privadas de la libertad. Se podría pensar, asimismo, en servicios de salud preventivos y de seguimiento post-atención, de modo que se garantice no solo la salud del interno, sino también el bienestar de sus familiares, evitando que sean las mujeres las que asuman solas las gestiones y el sufrimiento asociado a la privación de libertad.

---

<sup>71</sup> Corte const., sentencia n. 017-18-SEP-CC.

### **6.7. Acceso a servicios de salud y cuidado para personas en situación de movilidad humana**

La vulneración de los derechos a la vida, salud, igualdad y no discriminación, al principio del interés superior del niño, la unidad familiar y no devolución de las personas en condición de movilidad humana y sus familiares ha sido objeto de tratamiento por parte de la Corte constitucional en varias de sus sentencias.

Afirma la Corte que entre las garantías del derecho a la salud está la de calidad, que implica que los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista científico, cuenten con personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, y condiciones sanitarias adecuadas. Además de la calidad, un sistema de atención sanitaria debe medirse según su calidez, personalización, integridad, continuidad y aceptabilidad. En este sentido, existe un importante nexo entre la garantía de calidad y los principios de calidez y buen trato, orientados a conseguir un ambiente humano y respetuoso en el que se atiendan las necesidades físicas, psicológicas y emocionales del paciente<sup>72</sup>.

La Corte constitucional considera que el principio de calidez y buen trato está íntimamente vinculado al cuidado. El cuidado de las niñas, niños y adolescentes exige la atención de sus necesidades físicas y psicológicas, su protección frente al peligro, entre otras. En la atención sanitaria de niños, niñas y adolescentes quedan vetadas conductas que involucren descuido físico, descuido psicológico o emocional y descuido de la salud física o mental<sup>73</sup>.

La Corte constitucional desarrolla el concepto de “discriminación estructural”, que es la que provoca la subordinación de cierto grupo de personas, con base en factores históricos, sociales, económicos, ideológicos y políticos, el empleo de categorías como la raza, el sexo o la nacionalidad del grupo que se considera inferior, y la utilización de instancias públicas para materializar de *iure* o de facto dicha subordinación. Desde esta perspectiva, la Corte identifica la existencia de una práctica generalizada y sistemática en el sistema de salud ecuatoriano de negar atención médica a mujeres embarazadas con el pretexto de que cuentan con seguro médico en Colombia o que no tienen un “documento legal” que acredite su residencia en el Ecuador. En esta práctica hay una concurrencia interseccional de factores de vulnerabilidad: ser mujer, estar embarazada, estar en condición de movilidad humana, ser solicitante de refugio, encontrarse en una precaria situación económica y ser

---

<sup>72</sup> Corte const., sentencia n. 983-18-JP/21, *Derechos de los niñas, niños y adolescentes, y de las personas migrantes a la vida, la salud, la igualdad, la no devolución, la unidad familiar, y la tutela judicial efectiva*, 151-155.

<sup>73</sup> Corte const., sentencia n. 983-18-JP/21, 156-159.

afrodescendiente, lo que las expone a la pobreza, los bajos niveles de educación y los problemas de salud<sup>74</sup>.

En este sentido, la Corte ordenó al Ministerio de salud pública (MSP) que garantice la atención sanitaria integral a mujeres embarazadas, neonatos, niñas, niños y adolescentes, con especial atención a quienes se encuentran en condición de movilidad humana, elaborando protocolos específicos, un informe sobre las necesidades de la red pública de salud y un plan programático para atender dichas carencias. Asimismo, dispuso que asegure la operatividad de un sistema de información sanitaria interconectado y desarrolle, con el apoyo de la Defensoría del Pueblo, un plan de capacitación para el personal médico en provincias fronterizas sobre los derechos de las personas en movilidad humana<sup>75</sup>.

En la sentencia n. 2120-19-JP/21 se analiza el caso de tres hermanos venezolanos de 10, 16 y 21 años que solicitaron ingresar al Ecuador para reunirse con su madre, quien había migrado a este país. Las autoridades de control migratorio del Centro binacional de atención en frontera de San Miguel de Sucumbíos (CEBAF) se rehusaron a registrar su ingreso regular, por lo que debieron permanecer en carpas implementadas por organizaciones no gubernamentales, sin medios para subsistir y sin acompañamiento o cuidado frente a otras amenazas. Sostiene la Corte que este caso no es aislado y que la migración de niños, niñas y adolescentes venezolanos se inscribe en una crisis humanitaria regional. Esta población se ve expuesta a particulares condiciones de vulnerabilidad que afectan su salud y que la expone a riesgos permanentes durante el trayecto migratorio, en especial, a quienes viajan solos o carecen de documentación de identidad o de viaje<sup>76</sup>.

Con la finalidad de que el Estado garantice el derecho a migrar en condiciones dignas en los diferentes momentos del trayecto migratorio (ingreso, permanencia, tránsito, salida o retorno) es importante tener como punto de partida a los sujetos de derechos y sus necesidades de protección. Los niños, niñas y adolescentes, en tanto titulares del derecho a migrar, requieren una especial protección a fin de precautelarse su dignidad, integridad y vida. Al encontrarse en doble o múltiple situación de vulnerabilidad por su edad, condición migratoria y/o socioeconómica, requieren de protección reforzada con un enfoque diferenciado. Esta obligación debe traducirse en medidas concretas aplicadas en los puntos fronterizos terrestres, puertos y aeropuertos, en los cuales se efectúa el registro de ingreso y salida de personas<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Corte const., sentencia n. 983-18-JP/21, 215-224.

<sup>75</sup> Corte const., sentencia n. 983-18-JP/21.

<sup>76</sup> Corte const., sentencia n. 2120-19-JP/21, Derecho de niñas, niños y adolescentes en situación de movilidad humana a migrar y al ingreso regular al Ecuador sin importar su condición migratoria, 20-45.

<sup>77</sup> Corte const., sentencia n. 2120-19-JP/21, 40-47.

Los funcionarios están impedidos de realizar acciones que puedan implicar el retorno de las personas refugiadas, solicitantes de esta condición o quienes requieran otro tipo de protección internacional a países donde su vida, integridad o libertad se encuentren amenazadas. La Corte ha reconocido que el principio de no devolución protege no solo a las personas solicitantes de asilo o refugiadas, sino a las personas cuya su vida, libertad o integridad corren riesgo en caso de ser devueltas, independientemente de su estatuto legal o condición migratoria<sup>78</sup>.

La obligación de observar el interés superior del niño corresponde a todas las entidades públicas o privadas que durante el trayecto migratorio brindan atención o adoptan decisiones sobre derechos de niños, niñas y adolescentes. De manera particular, las decisiones de las autoridades de control migratorio deben sustentarse en una evaluación clara del interés superior, considerando la situación particular de niños, niñas y adolescentes y su derecho a ser escuchados<sup>79</sup>.

La Corte considera que en los casos de niñas, niños y adolescentes solos, no acompañados o que no cuentan con los requisitos migratorios exigidos para su ingreso al territorio ecuatoriano cabe la implementación de un procedimiento especial que, al momento del registro del ingreso al territorio ecuatoriano, valore las condiciones en que migran, determine necesidades de protección, incluyendo la posibilidad de solicitar refugio u otros tipos de protección internacional, desestime los posibles riesgos de violaciones de derechos humanos en su país de origen, residencia o país al que deciden movilizarse, y posibilite que las entidades competentes adopten medidas de protección, tales como el acompañamiento en la reunificación familiar, acogimiento temporal, alimentación, acceso a salud, inserción escolar u otras, sin limitaciones jurídicas relacionadas a la condición migratoria<sup>80</sup>.

La Corte constitucional también ha examinado una problemática recurrente que experimentan las adolescentes migrantes venezolanas en Ecuador debido a la negativa del registro civil de inscribir el nacimiento de sus hijas e hijos por no estar acompañadas por un representante legal. Las adolescentes se han visto obligadas a activar procedimientos administrativos y/o procesos judiciales para poder inscribir a sus hijas e hijos, teniendo que esperar meses para que se pueda realizar la inscripción de nacimiento.

Las adolescentes que migran solas enfrentan obstáculos en el ejercicio efectivo de sus derechos, con base en su condición migratoria, su género, su edad e incluso su embarazo, por lo que constituyen un grupo particularmente vulnerable en el contexto de la migración de personas venezolanas. La Corte considera relevante destacar que las normas y expectativas de género y las relaciones de poder

---

<sup>78</sup> Corte const., sentencia n. 2120-19-JP/21, 69-70.

<sup>79</sup> Corte const., sentencia n. 2120-19-JP/21, 81-83.

<sup>80</sup> Corte const., sentencia n. 2120-19-JP/21, 88-97.

diferenciadas por género son factores decisivos para migrar. Cada vez es mayor el número de mujeres que se desplazan y migran solas, que encabezan la migración y que son protagonistas de distintos flujos migratorios. Las mujeres migrantes corren un gran riesgo de ser víctimas de violencia de género y sexual, trata, explotación, esclavitud, ya sea por funcionarios públicos o por particulares<sup>81</sup>.

La falta de un representante legal afecta de forma desproporcionada a las adolescentes migrantes que están solas en el país y que en ningún momento fueron escuchadas por las autoridades administrativas y judiciales, ni reconocidas por el registro civil como sujetos de derechos capaces de tomar decisiones libres, voluntarias e informadas para autorizar la inscripción del nacimiento de sus hijas e hijos<sup>82</sup>.

La falta de inscripción del nacimiento obstaculiza el acceso a servicios de educación, salud y protección. Dice la Corte que la no inscripción del nacimiento vuelve invisibles a las niñas y niños en las distintas esferas de medición del desarrollo y, en la práctica, los expone a enormes obstáculos para acceder a servicios básicos como salud, inmunización y educación. Existen casos de madres adolescentes a quienes, a pesar de haber recibido el alta médica, se les prohíbe salir de los hospitales porque no pudieron inscribir el nacimiento de sus hijas e hijos, cuestión que afecta a su libertad ambulatoria, así como a su integridad física, psicológica y emocional, por la indeterminación del tiempo que toma garantizar la inscripción del nacimiento<sup>83</sup>.

La Corte constitucional dispuso al registro civil que coordine las acciones necesarias para adecuar el Reglamento de la ley orgánica de gestión de la identidad y datos civiles, estableciendo que las inscripciones de nacimiento se realicen de manera inmediata tras el parto, sin exigir requisitos que vulneren los derechos de las adolescentes. Además, dispuso que el certificado de nacido vivo y otros documentos de identidad serán suficientes para la inscripción, y que la condición migratoria de las madres adolescentes no será un obstáculo para registrar a sus hijos, reconociendo su autonomía progresiva en la toma de decisiones<sup>84</sup>.

El análisis realizado por la Corte constitucional revela una comprensión profunda de las desigualdades que afectan a las mujeres migrantes, particularmente a las adolescentes, en su acceso a derechos como la salud, la identidad y la protección. La Corte reconoce que las mujeres en situación de movilidad humana enfrentan no solo vulneraciones derivadas de su condición migratoria, sino también de las expectativas de género que limitan su autonomía

---

<sup>81</sup> Corte const., sentencia n. 2185-19-JP/21 y acumulados, Derechos de las adolescentes migrantes a la igualdad y no discriminación, protección de la familia, y a ser escuchadas y a que su opinión sea seriamente considerada, 65-72.

<sup>82</sup> Corte const., sentencia n. 2185-19-JP/21 y acumulados, 95.

<sup>83</sup> Corte const., sentencia n. 2185-19-JP/21 y acumulados, 108-117.

<sup>84</sup> Corte const., sentencia n. 2185-19-JP/21 y acumulados, 186.

y el ejercicio de sus derechos. En este contexto, el cuidado, tanto en su dimensión física como psicológica, se constituye en un derecho que debe ser garantizado sin distinciones basadas en el género, la edad o la situación migratoria. La Corte exterioriza una visión de cuidado que promueve la protección integral, la dignidad y la autonomía progresiva de las adolescentes en situación de movilidad humana, subrayando la necesidad de medidas diferenciadas para garantizar su integridad y bienestar.

### **6.8. Atención de salud de mujeres embarazadas**

La Corte constitucional recalca que las mujeres embarazadas pertenecen a un grupo de atención prioritaria que merece una protección personalizada, prioritaria y especializada por parte del Estado para atender sus necesidades de salud específicas.

Sostiene la Corte que el derecho a la salud reproductiva de las mujeres tiene directa relación con sus derechos a la salud, vida e integridad personal. Que el Estado incumpla o no cumpla debidamente con su deber constitucional de *«asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto»* tiene graves consecuencias para los derechos de las mujeres embarazadas<sup>85</sup>.

«La atención especializada exige que el servicio o prestación debe ser el específico y adecuado para la necesidad de cada persona. Una mujer embarazada durante la labor de parto y el alumbramiento, requiere de atención hospitalaria adecuada que debe incluir personal médico especializado (ginecólogos y pediatras) capacitados para atender y solventar emergencias gineco obstetricias. Así como también personal médico de apoyo para cuando, ante complicaciones, se requiera de otros especialistas»<sup>86</sup>.

La Corte constitucional estima necesario desarrollar el concepto de violencia obstétrica y su relación con el derecho a la salud de la mujer embarazada. Sostiene que la noción de violencia obstétrica está respaldada por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; ambos documentos destacan que la violencia contra las mujeres incluye cualquier acto de violencia basado en el género que cause daño físico, sexual o psicológico, tanto en la esfera pública como privada. Recalca que la violencia contra la mujer se manifiesta en múltiples escenarios, siendo uno de ellos la prestación de servicios y atención de salud<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Corte const., sentencia n. 904-12-JP/19, Negativa de atención en embarazo y violencia obstétrica, 30-31.

<sup>86</sup> Corte const., sentencia n. 904-12-JP/19, 65-67.

<sup>87</sup> Corte const., sentencia n. 904-12-JP/19, 42.

En ese contexto, la Corte considera que la violencia obstétrica comprende las siguientes acciones u omisiones:

- Apropiarse o despreocuparse del cuerpo y procesos reproductivos de la mujer por parte del personal de salud.
- Trato deshumanizado, inhumano o degradante.
- Abusar de medicalización.
- Patologizar procesos naturales.
- Disminuir o anular la autonomía y capacidad de decidir libremente sobre el cuerpos y sexualidad.
- Negar atención oportuna y eficaz ante una emergencia obstétrica.
- No tratar a la mujer embarazada con dignidad y respeto.
- Abuso físico, psicológico o sexual, discriminación o estigmatización.
- Negligencia, abandono o demora en la atención.
- Causar dolor o sufrimiento innecesario o actuar de manera indolente ante el dolor, sufrimiento y necesidades.
- No informar acerca de riesgos, beneficios y alternativas de toda intervención médica.
- Impedir que sea acompañada por una persona de su confianza y elección.
- Obligarle a dar a luz en condiciones inseguras, insalubres, sin el acompañamiento médico adecuado o los instrumentos necesarios.
- Obstaculizar el apego voluntario entre la madre y el recién nacido sin una causa médica justificada, impidiéndole la posibilidad de cargar y amamantar<sup>88</sup>.

La Corte considera que la violencia obstétrica se manifiesta en la falta de atención médica adecuada, el abandono durante emergencias, la ausencia de personal médico en momentos críticos, la interrupción injustificada de la atención, la separación del recién nacido y la falta de información sobre su estado de salud. Ante esta problemática, la Corte ordenó al IESS y al MSP elaborar una guía integral de atención a mujeres embarazadas y de prevención de la violencia obstétrica, que contemple disposiciones sobre la atención prioritaria, la atención de emergencia, la prohibición de condicionar la atención por mora patronal y un protocolo de atención conforme a la normativa nacional e internacional<sup>89</sup>.

El enfoque de género empleado por la Corte constitucional se convierte en un instrumento clave para visibilizar las inequidades estructurales que las mujeres enfrentan dentro del sistema de salud. La Corte da cuenta de su compromiso con la justicia de género, promoviendo un cambio hacia una atención de salud que reconozca la capacidad de decisión de las mujeres sobre sus cuerpos y procesos reproductivos.

---

<sup>88</sup> Corte const., sentencia n. 904-12-JP/19, 67.

<sup>89</sup> Corte const., sentencia n. 904-12-JP/19.

## 6.9. Acogimiento institucional de niños/as y adolescentes

La Corte constitucional hace un análisis del derecho al cuidado institucional de niños, niñas y adolescentes en relación con la garantía del hábeas corpus. Para el Alto Tribunal, el hábeas corpus correctivo permite apreciar el ejercicio de derechos de niños, niñas y adolescentes, cuando se ha dispuesto el acogimiento institucional. La Corte considera importante enfocar este tema desde el derecho al cuidado integral, que comprende las necesidades físicas (como alimentación y salud adecuadas) y emocionales (afectividad, seguridad, comprensión, vínculos) y se promueve de mejor manera en ambientes o entornos estables. En caso de que se produzcan violaciones al derecho al cuidado, las personas adultas responsables deben tomar medidas para prevenir, corregir y no repetir las acciones u omisiones que generan la violación de derechos<sup>90</sup>.

Recalca la Corte que la intervención del Estado a través de instituciones de acogimiento debe ser excepcional y subsidiaria a la familia, cuando no es posible fortalecer el vínculo de los padres o madres para ejercer sus obligaciones de cuidado y no existe otra persona dentro de la comunidad o sociedad que pueda hacerlo. Los responsables de decidir sobre el acogimiento institucional deben velar porque el niño o niña mantenga la relación con su familia (padres, hermanos, familiares y personas con las que haya tenido una relación personal estrecha), a menos que ello contravenga el interés superior del niño. La institucionalización debe ser examinada regularmente y debe tener en cuenta el desarrollo personal y necesidades del niño, niña o adolescente para determinar si esta modalidad de acogimiento sigue siendo necesaria<sup>91</sup>.

Las instituciones deben prevenir cualquier forma de maltrato, violencia o acoso en el desarrollo de sus actividades, contar con regulaciones aprobadas por la autoridad competente, mecanismos de vigilancia y evaluación permanente y mecanismos de investigación y sanción frente a hechos violatorios de derechos<sup>92</sup>.

Las deficiencias en el rol de cuidado institucional que afecten los derechos de los niños y niñas pueden ser enmendadas mediante el hábeas corpus, aun cuando previamente no se hayan realizado pedidos de revisión de la medida en sede administrativa o jurisdiccional. Las medidas correctivas incluyen: disponer que padres y madres sean informados y participen en las decisiones sobre sus hijos e hijas, garantizar un tiempo razonable para las visitas con el objetivo de fortalecer los vínculos familiares, disponer la investigación frente a denuncias de maltrato, disponer la coordinación entre las diversas instituciones para garantizar el desarrollo integral de los niños y niñas<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> Corte const., sentencia n. 202-19-JH/21, Derecho al debido cuidado institucional y hábeas corpus, 120-125.

<sup>91</sup> Corte const., sentencia n. 202-19-JH/21, 132-136.

<sup>92</sup> Corte const., sentencia n. 202-19-JH/21, 137-140.

<sup>93</sup> Corte const., sentencia n. 202-19-JH/21, 162.

La Corte constitucional reitera que cualquier decisión relativa a la separación del niño, niña o adolescente de su familia debe estar justificada por la salvaguarda de su interés superior. Siempre se preferirá el retorno del niño, niña o adolescente a su núcleo familiar de origen a la medida de institucionalización, debido a los efectos nocivos que puede causar en su desarrollo y bienestar. En el caso de que se disponga el acogimiento institucional se deberá contar con evaluaciones posteriores y, en estricto cumplimiento del principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, se deberá tomar en consideración su opinión, como sujetos de derechos<sup>94</sup>.

«Esta Corte ha establecido que las niñas, niños y adolescentes están dotados de capacidad para formar sus propias opiniones y tienen derecho a expresarlas en todo proceso judicial o procedimiento administrativo que les afecte. Del mismo modo, determinó que es obligación de toda autoridad judicial o administrativa – que dirige un proceso o procedimiento en que se discuta y cuya decisión tenga un impacto en los derechos de las niñas, niños y adolescentes– escuchar y considerar seriamente la opinión de las niñas, niños y adolescentes en función de su edad, madurez y desarrollo evolutivo»<sup>95</sup>.

De lo indicado se desprende que cualquier decisión que se tome sin escuchar al niño, niña o adolescente en asuntos que le afecten carece de validez. Jueces, juezas y entidades administrativas deberán asegurar que existan mecanismos para recabar las opiniones del niño, niña o adolescente sobre todos los asuntos que le afectan; y, tener debidamente en cuenta esas opiniones de acuerdo con su edad y madurez. Por lo tanto, se vulnera el derecho al debido proceso cuando se invisibiliza y se desacredita la opinión del niño, niña o adolescente, reduciéndola a un mero trámite procesal sin importancia<sup>96</sup>.

Aunque la Corte aborda el derecho al cuidado integral de manera exhaustiva, algunos aspectos quedan sin explorar desde una perspectiva de género. La Corte no profundiza en las implicaciones de género de las decisiones sobre separación de los niños y niñas de sus familias, especialmente en contextos de violencia doméstica. Adicionalmente, no se considera cómo la sobrecarga de las responsabilidades de cuidado, que históricamente han recaído sobre las mujeres, puede incidir en las decisiones de institucionalización, ni cómo esta afecta diferencialmente a las mujeres-madres, quienes suelen ser las principales cuidadoras. El análisis de estos factores podría aportar una comprensión más completa sobre las dinámicas de poder en el ámbito familiar y en el sistema de justicia.

---

<sup>94</sup> Corte const., sentencia n. 1389-19-EP/23, Acogimiento institucional y derecho al debido proceso en la garantía a ser escuchada en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, 48-61.

<sup>95</sup> Corte const., sentencia n. 1389-19-EP/23, 51.

<sup>96</sup> Corte const., sentencia n. 1389-19-EP/23, 52-62.

## 7. Conclusiones

Las respuestas estatales para el ejercicio del derecho al cuidado deben ser universales<sup>97</sup>. Su objetivo principal es garantizar que todas las personas tengan acceso igualitario a políticas y servicios de cuidado, entendiendo la dependencia como una condición inherente al ser humano a lo largo de su ciclo de vida. La universalidad está intrínsecamente ligada al reconocimiento del cuidado como un derecho humano fundamental y, por lo tanto, a la obligación que tiene el Estado de garantizar una base mínima de protección social que responda a las necesidades de toda la población.

La consideración del cuidado como derecho humano demanda, asimismo, la adopción de un enfoque transversal. Se requiere por parte del Estado la puesta en marcha de acciones coherentes, integradas y continuas para garantizar su efectiva vigencia. Las respuestas estatales deben traducirse en acuerdos institucionales, con una clara asignación de responsabilidades susceptibles de fiscalización y control social<sup>98</sup>. La transversalidad es fundamental para asegurar que el derecho al cuidado no quede limitado a políticas específicas, sino que sea un principio rector de la acción estatal en su conjunto.

### *Políticas de tiempo para cuidar*

La Corte constitucional del Ecuador ha desempeñado un papel ambivalente en la aplicación de la perspectiva de género en el análisis de las políticas de tiempo para cuidar. Por una parte, reconoce que las actividades relacionadas con el cuidado no son valoradas ni social ni económicamente debido a que la carga de obligaciones de cuidado ha recaído tradicionalmente en las mujeres. Que la ley reconozca a las mujeres más tiempo para el cuidado del recién nacido que a los hombres constituye una forma de reafirmar estereotipos de género, preservar la desigualdad en los roles de cuidado y dificultar la reincorporación y permanencia de las mujeres en el mercado laboral.

Pero, por otra parte, la interpretación del Alto Tribunal no siempre ha visibilizado cómo la asignación desproporcionada del trabajo de cuidado a las mujeres perpetúa la desigualdad. Se echa de menos un enfoque crítico que articule las políticas de tiempo para cuidar con medidas que promuevan una redistribución del trabajo de cuidado y una transformación de los roles

---

<sup>97</sup> BATHYÁNY DIGHIERO, *Las políticas y el cuidado en América Latina. Una mirada a las experiencias regionales*, en *Serie Asuntos de Género*, cit.

<sup>98</sup> PAUTASSI, *El cuidado: de cuestión problematizada a derecho. Un recorrido estratégico, una agenda en construcción*, cit.

tradicionales de género, pues, el trabajo de cuidado está marcado por profundas y consustanciales desigualdades<sup>99</sup>.

Si bien la Corte constitucional ha sido enfática al señalar que la decisión de las instituciones públicas de no renovar los contratos de servicios ocasionales de las trabajadoras durante el periodo de lactancia agrava su situación de vulnerabilidad y pone en riesgo el ejercicio efectivo de otros derechos interdependientes de su derecho al trabajo, no obstante, ha omitido el análisis de las desigualdades entre quienes tienen un contrato indefinido y quienes carecen de él. Sus decisiones se circunscriben al ámbito del trabajo formal, dejando intocada la problemática de las trabajadoras informales, por cuenta propia y del sector rural<sup>100</sup>.

### ***Políticas de dinero para cuidar***

La Corte constitucional del Ecuador ha mostrado importantes avances en el reconocimiento de derechos asociados a las políticas de dinero para cuidar, como el bono de vivienda y la pensión para personas con discapacidad; sin embargo, su enfoque ha sido insuficiente en cuanto a la plena incorporación de la perspectiva de género. La Corte no profundiza en cómo las desigualdades de género impactan de manera diferenciada en las mujeres, quienes asumen desproporcionadamente las responsabilidades de cuidado en contextos de precariedad económica. La interpretación judicial debería incluir la exigencia de políticas públicas que integren indicadores de equidad de género y mecanismos de redistribución justa del trabajo de cuidado, reconociéndolo como un pilar para superar la pobreza y garantizar justicia social.

### ***Servicios de cuidado***

La Corte constitucional ha destacado que las mujeres embarazadas o en período de lactancia, los niños, niñas y adolescentes, personas de la tercera edad, personas con discapacidad y personas con enfermedades catastróficas o de alta complejidad son grupos de atención prioritaria y tienen derecho a una protección especial y reforzada en el acceso a servicios de cuidado. La crisis sanitaria global puso en cuestión el paradigma de la dependencia –que prioriza como beneficiarios/as de las políticas de cuidado a estos grupos– y resaltó la necesidad de adoptar un paradigma centrado en la vulnerabilidad<sup>101</sup>. De acuerdo con este paradigma, todas las personas pasan por etapas de la vida que implican

---

<sup>99</sup> GUIMARÃES, *La crisis del cuidado y el cuidado en la crisis. Reflexionando desde la experiencia brasileña*, en Mesa redonda virtual “Discutiendo los cuidados”, por ocasión del Conversatorio internacional Ciudades latinoamericanas y desigualdades en tiempos de pandemia, Buenos Aires, 2021.

<sup>100</sup> PAUTASSI, *El cuidado: de cuestión problematizada a derecho. Un recorrido estratégico, una agenda en construcción*, cit.

<sup>101</sup> GUIMARÃES, *La crisis del cuidado y el cuidado en la crisis. Reflexionando desde la experiencia brasileña*, cit.

enfermedades o incapacidades que exigen cuidados; todos los seres humanos pueden dar y recibir cuidados a lo largo de la vida<sup>102</sup>. Se evidencia la necesidad de replantear la perspectiva de análisis, reconociendo la centralidad del cuidado en la vida de todas las personas.

Varias decisiones de la Corte constitucional se destacan por realizar un análisis interseccional en torno al acceso a servicios de cuidado de las personas migrantes. La Corte cuestiona la práctica generalizada y sistemática del sistema de salud ecuatoriano de negar atención a mujeres en situación de movilidad humana. En este tipo de prácticas –recalca la Corte constitucional– se evidencia una concurrencia interseccional de factores de vulnerabilidad: ser mujer racializada, estar embarazada, estar en condición de movilidad humana, ser solicitante de refugio y encontrarse en una precaria situación económica. La noción de “interseccionalidad” en este contexto posibilita una crítica al análisis unidimensional de la desigualdad, para dar cuenta de cómo convergen las desigualdades sociales<sup>103</sup>.

Respecto de las medidas de reparación frente a las vulneraciones del derecho al cuidado, la Corte constitucional ha sostenido que se debe compensar económicamente a las denominadas víctimas indirectas de las violaciones a los derechos (generalmente, progenitores/as), debido a los gastos económicos incurridos para el cuidado de sus hijos/as, así como por los sufrimientos padecidos a causa de las actuaciones y omisiones de las autoridades estatales. Aunque estas reparaciones no implican un reconocimiento explícito de que el cuidado es un trabajo, podrían servir como punto de partida para visibilizar que una de las características centrales del cuidado es que no se pueden disociar las tareas materiales de los efectos psicológicos que aquellas implican<sup>104</sup>. El alcance transformador de este posible reconocimiento no es desarrollado suficientemente; así, la Corte pierde la oportunidad de abordar las desigualdades de género en el ámbito del cuidado.

Finalmente, la Corte constitucional reconoce la importancia de invertir en personal para el cuidado. Los servicios de cuidado están altamente feminizados y se prestan en condiciones de desvalorización<sup>105</sup>. Es indispensable mostrar la interrelación que existe entre el trabajo de cuidados no remunerado y el trabajo de cuidados remunerado; la infravaloración del trabajo de cuidados no remunerado puede conllevar salarios más bajos y un deterioro de las condiciones

---

<sup>102</sup> J. ANDERSON, *What is care and what is not caring? The challenges of cultural diversity*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2020, 305-325.

<sup>103</sup> C. MORA, *Interseccionalidad y fronteras sociales: género y clase social en el mercado laboral chileno*, en *Estudios Públicos*, n. 156, 2019, 47-67.

<sup>104</sup> MOLINIER, *El cuidado puesto a prueba por el trabajo. Vulnerabilidades cruzadas y saber-hacer discreto*, en BORGEAUD-GARCIANDÍA (comp.). *El trabajo de cuidado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018. 191-214.

<sup>105</sup> PINEDA DUQUE - MUNÉVAR, *La organización social de los cuidados en Colombia: mercantilización, profesionalización, desvalorización y resistencias*, cit.

de trabajo en los sectores del cuidado remunerado, en los que las mujeres están sobrerrepresentadas<sup>106</sup>. Se debe considerar la sobrecarga laboral y emocional a la que frecuentemente se ven sometidas las/os trabajadoras/es del cuidado<sup>107</sup>, lo que afecta a la calidad de los servicios y, por tanto, al bienestar de los receptores de cuidados<sup>108</sup>.

Es fundamental que las políticas de cuidado no solo se enfoquen en los derechos de quienes requieren cuidados, sino que también integren las necesidades y perspectivas de las personas cuidadoras. Reconocer el cuidado como un pilar esencial para la equidad y la justicia social implica avanzar hacia políticas públicas que impulsen tanto la redistribución como la dignificación de los trabajos de cuidado.

---

<sup>106</sup> OIT, *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, Ginebra, 2019.

<sup>107</sup> PINEDA DUQUE, *Cuidado institucionalizado y vejez*, en ARANGO GAVIRIA - AMAYA URQUIJO - PÉREZ-BUSTOS - PINEDA DUQUE (eds.), *Género y cuidado. Teorías, escenarios y políticas*, Bogotá, 2018, 220-241.

<sup>108</sup> OIT, *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*. cit.

## LA LUCHA POR LA INCLUSIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA AÚN JUSTICIA PATRIARCAL COLOMBIANA. CUATRO CASOS EMBLEMÁTICOS<sup>°</sup>

**Liliana Estupiñán-Achury**

*Constitucionalista, fundadora de la Red de Constitucionalismo Crítico de América Latina - RedCcal e integrante de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*

**Ana Lucía Caldas**

*Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana*

*El documento analiza el proceso de despatriarcalización de la administración de justicia en Colombia, destacando la influencia de la teoría crítica feminista en el campo jurídico. De manera especial, estudia cuatro casos emblemáticos de la administración de justicia con lentes feministas o de género: (i) la despenalización del aborto; (ii) el caso de la magistrada Stella Conto; (iii) la primera sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el acoso sexual en el lugar de trabajo; y, (iv) El caso de la justicia transicional y de paz en perspectiva de género.*

*Il documento analizza il processo di “depatriarcalizzazione” dell’amministrazione della giustizia in Colombia, evidenziando l’influenza della teoria critica femminista in ambito giuridico. In particolare, esamina quattro casi emblematici dell’amministrazione della giustizia con una lente femminista o di genere: (i) la depenalizzazione dell’aborto; (ii) il caso della magistrata Stella Conto; (iii) la prima sentenza della Corte Suprema di Giustizia sul molestia sessuale sul posto di lavoro; e (iv) il caso della giustizia di transizione e di pace in una prospettiva di genere.*

*The document analyzes the process of depatriarcalization of the administration of justice in Colombia, highlighting the influence of critical feminist theory in the legal field. In particular, it examines four emblematic cases of justice administration through a feminist or gender lens: (i) the decriminalization of abortion; (ii) the case of Magistrate Stella Conto; (iii) the first ruling by the Supreme Court of Justice on sexual harassment in the workplace; and (iv) the case of transitional and peace justice from a gender perspective.*

### **Sumario:**

1. Introducción
2. Breve análisis del texto constitucional de 1991 y sus cambios en clave feminista
3. Más allá de las olas feministas y desde una mirada de Abya Yala
4. Ellas llegaron a la justicia, pero con la misma formación patriarcal
5. ¿Qué papel ha tenido el Consejo Superior de la Judicatura y la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla en la inserción de la teoría feminista y la perspectiva de género en la justicia?
6. Grandes orientaciones de la Rama Judicial para administrar con perspectiva de género
7. Casos de estudio en las altas cortes y en la justicia de paz para observar la adopción del enfoque de género en la administración de justicia en Colombia:
  - 7.1. La despenalización del aborto en Colombia a la luz de la sentencia C-055 de 2022 : el voto de una para los derechos de todas
  - 7.2. Caso Magistrada Stella Conto: un nuevo paradigma para entender la violencia basada en género en Colombia (SU-080 de 2020 - Corte constitucional)
  - 7.3. No es “un simple flirteo”: la primera sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre acoso sexual en el lugar de trabajo. Corte Suprema de Justicia SP459-2023 del 08 de noviembre de 2023
  - 7.4. Justicia transicional y de paz en perspectiva de género. A manera de conclusión.

---

<sup>°</sup> Ensayo sometido a revisión por pares doble ciego.

## 1. Introducción

La Constitución Política de 1991 recoge algunos de los aportes realizados por la teoría feminista en sus diversas olas reivindicativas<sup>1</sup>. Si bien la Asamblea Nacional Constituyente no fue paritaria –pues solo cuatro de sus setenta integrantes eran mujeres-, su carácter democrático abrió un espacio significativo para que las demandas por igualdad y justicia de género comenzaran a permeare el campo jurídico. Las contribuciones de Helena Herrán de Montoya (Partido Liberal), María Mercedes Carranza Coronado (Alianza M-19), María Teresa Garcés Lloreda (Alianza M-19) y Aída Avella Esquivel (Unión Patriótica)<sup>2</sup>, junto con el trabajo sostenido por los movimientos de mujeres en Colombia, tanto anteriores como durante y posteriores al proceso constituyente, hicieron del feminismo una posibilidad en el campo jurídico, que también se refleja hoy en el mundo de la administración de justicia.

El movimiento feminista (junto con la teoría crítica que lo describe y soporta) ya contaba, para 1991, con un escenario normativo internacional relevante. Sobre estos antecedentes, Lucía Arbeláez de Tobón identificó algunos hitos como el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto de derechos económicos, sociales y culturales (1966)<sup>3</sup> y la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en la mujer - CEDAW (1979)<sup>4</sup>.

Pero Colombia tampoco era ajena a este escenario de victorias y acumulados en materia de derechos -más adelante haremos referencia a este aspecto-, lo que permitió para el momento de construcción constitucional (1991), la inserción de algunos principios, derechos y reglas que impulsaron una lectura feminista que, a la vuelta de más de 33 años de su promulgación, continua cundiendo al campo jurídico en diversos aspectos. Un enfoque imposible en épocas oscuras o de lectura exclusivamente masculina del derecho.

De manera simultánea, llegan poco a poco las mujeres a la justicia, no todas feministas, pero arriban, y aparecen las sentencias de la igualdad y de la no discriminación. De la misma forma, gradualmente se crean normas de despatriarcalización del derecho: todo un grito contra todas las formas de

---

<sup>1</sup> I. C. JARAMILLO SIERRA, *Las mujeres en la Constitución de 1991: 30 años ganando espacios*, en *Ámbito Jurídico*, 6-6-2021, en [https://www.ambitojuridico.com/noticias/constitucional/las-mujeres-en-la-constitucion-de-1991-30-anos-ganando-espacios#:~:text=En%20la%20Asamblea%20Nacional%20Constituyente,Avella%20Esquivel%20\(Uni%C3%B3n%20Patri%C3%B3tica\)](https://www.ambitojuridico.com/noticias/constitucional/las-mujeres-en-la-constitucion-de-1991-30-anos-ganando-espacios#:~:text=En%20la%20Asamblea%20Nacional%20Constituyente,Avella%20Esquivel%20(Uni%C3%B3n%20Patri%C3%B3tica))

<sup>2</sup> *Ibidem*

<sup>3</sup> ARBELÁEZ DE TOBÓN, *Los derechos de las mujeres y la perspectiva de género. Un marco jurídico para la acción judicial*, Bogotá, 2011, 16.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

Lucía Arbeláez de Tobón es una abogada colombiana que ha centrado sus trayectoria académica y profesional en la modernización de la administración de justicia en el país, especialmente en la implementación de la perspectiva de género como se evidencia en su obra *La mujer como sujeto de especial protección donde lleva a cabo de las mejores síntesis en materia de logros y avances en materia de derechos humanos de las mujeres*.

violencia, que ya hacían de las suyas en todos los escenarios, desde la misma cuna y hasta la muerte, y sus consecuencias: en el mundo de lo privado, lo público, dentro la familia y hacia lo más complejo del mundo social, económico y político.

Imposible pensar en el cumplimiento pleno de estándares en materia de equidad, igualdad, paridad y de perspectiva de género en Colombia, pero también sería injusto negar los avances construidos en varios apartados del mundo jurídico, muy arropados por una constitución liberal, social y heteronormativa propia del siglo XX. Sin duda, las olas feministas – lectura eurocéntrica – también llegaron al mundo del derecho en Colombia, lo que ha permitido que reivindicaciones de diversos espectros hayan logrado un espacio trascendental en el derecho y la administración de justicia.

¿Qué influencia tuvo el feminismo en el proceso de transformación de la justicia patriarcal en Colombia? ¿Existe un proceso de despatriarcalización de la justicia en Colombia? ¿Cuál ha sido el papel de las mujeres juezas en este fenómeno de la despatriarcalización? ¿La formación judicial contribuye al proceso de despatriarcalización de la justicia en Colombia? ¿Podemos ubicar casos o sentencias hito en materia de despatriarcalización? Preguntas para toda una línea de investigación académica, pero este artículo apenas realiza un acercamiento que puede contribuir en la construcción de una línea de trabajo feminista despatriarcal y de largo plazo en el mundo de la justicia.

## 2. Breve análisis del texto constitucional de 1991 y sus cambios en clave feminista

Antes de mencionar algunos artículos constitucionales que soportan parte de la transformación, es necesario anotar que la Constitución política de 1991 se escribió, como la mayoría de los textos políticos: bajo el genérico masculino, apuesta gramatical que “supuestamente” las incluye a ellas. Un modelo de escritura patriarcal que ha ido cambiando en otras constituciones: «(...) la violencia contra las mujeres se ejerce, gramaticalmente digamos, de varias formas: una de ellas es en el uso sexista del lenguaje (...). Esa es la violencia que, en otro idioma, denuncia Toni Morrison (1993), escritora afroamericana y Premio Nóbel de literatura, en su discurso ante la Academia de Suecia: «El idioma del opresor, representa no sólo la violencia, sino que es violencia»<sup>5</sup>. Porque el lenguaje no es inocente ni neutro: transmite ideología, interpreta, reproduce la cultura, refuerza los valores imperantes en la sociedad y condiciona nuestra visión de la realidad»<sup>6</sup>.

Sin embargo, algunos artículos nombran de forma explícita a las mujeres, lo que ha permitido la inserción de políticas y normas en clave feminista. Otros

---

<sup>5</sup> FERRARA-BARDILE, *Usa no sexista del lenguaje en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, en *Otras Miradas*, 2001, 1.

<sup>6</sup> FERRARA-BARDILE, *Op. cit.*, 4.

artículos hablan “de las personas”, en donde, por supuesto, también están ellas. Este paradigma del lenguaje patriarcal es un hecho compartido con las cartas políticas de otros países del continente latinoamericano, como lo evidencia Viki Ferrara-Bardile al anotar: «El genérico “hombre”, utilizado como sinónimo del género humano, de seres humanos, oculta gran parte de nuestra realidad, de nuestra existencia, de nuestras vivencias y hasta de nuestros aportes a la humanidad. Lo masculino, el hombre, el varón, ha venido siendo el modelo, el paradigma de lo humano y aunque se presente como sexualmente neutro al pretender abarcar a los dos sexos, en realidad, nos excluye. Condena así a la invisibilidad al femenino, género marcado como específico, como lo otro. Por eso, cuando se usan genéricos como “hombre”, “todos”, “ciudadanos” y hasta “persona”, no siempre se entiende»<sup>7</sup>.

A pesar de las limitaciones gramaticales en asuntos de género, es necesario hacer mención de los artículos constitucionales que soportan la igualdad y la equidad en la Constitución Política de 1991. Para ello, es necesario citar el Artículo 13 de la Constitución que señala:

*«Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.*

*El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan».*

Este artículo ha sido suficientemente invocado por los jueces/zas en Colombia, a la hora de administrar justicia, en donde la perspectiva de equidad, antidiscriminación y de género se hace necesaria. No siempre cala, pero ha sido un soporte fundamental para la creación de políticas, normas y de justicia en clave de mujeres.

Otros artículos de la Constitución política de 1991 han sido fundamentales para la transformación hermenéutica en clave de igualdad y de mujeres; algunos (aunque con una lectura heteronormativa luego superada por la Corte Constitucional)<sup>8</sup> han revisado el papel fundamental de las mujeres en la construcción de la familia, en la cual se afirma que en ella, la mujer debe estar ajena a toda clase de violencia y discriminación (artículo 42 de la Constitución). En la misma línea, el artículo 43 señala que las mujeres tienen iguales derechos y oportunidades y que deben estar libres de toda clase de discriminación. En esta lista también aparece la protección especial a la maternidad, asistencia posparto

---

<sup>7</sup> FERRARA-BARDILE, *Op. cit.*, 5.

<sup>8</sup> Corte const., sentencia SU-080/20 (Rel: José Fernando Reyes Cuartas).

y hasta subsidio alimentario en caso de estar desempleada o desamparada, además del apoyo especial a la mujer cabeza de familia que se lee en el artículo 43. Sin duda, este último artículo constituye un evidente avance, a pesar de no cubrir todos los derechos sexuales y reproductivos hoy reconocidos en ínfimos textos constitucionales, como por ejemplo, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo – como es el caso de Francia –. Un asunto que, para el caso colombiano, logró en el escenario de la justicia constitucional una sentencia única de despenalización del aborto hasta la semana 24. Sin duda, una decisión liberal inspirada en el mismo texto constitucional y su correspondiente bloque de constitucionalidad<sup>9</sup>. Sin embargo, aunque estos triunfos de un constitucionalismo feminista en línea jurisprudencial constituyen un gran avance, el tema sigue al albur de los gobiernos, el legislador y de los jueces/zas que a veces se tornan discriminatorios/as, los cuales son muy examinados y controvertidos, por fortuna, por los movimientos y el activismo feminista.

Por otra parte, también se resalta en el texto constitucional la protección especial dada a la mujer trabajadora, que se observa en el artículo 53 dedicado a los asuntos del estatuto del trabajo y de los mínimos fundamentales que lo deben irradiar. A su vez, en el plano de la participación, conformación, ejercicio y control político, el artículo 40 de la Constitución, que en su último párrafo señala que «*las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública*». Propósito constitucional que ha tenido una lenta evolución que inició su concreción diez años después con la famosa ley de cuotas o el mínimo del 30% de mujeres para los cargos de máximo nivel decisorio<sup>10</sup>. Hoy, 33 años después, se expidió la ley 2424 de 2024, la cual modifica este porcentaje definiendo que:

*«La participación adecuada de las mujeres en los niveles del poder público definidos en los artículos 2o. y 3o. de la presente ley, se hará efectiva aplicando por parte de las autoridades nominadoras las siguientes reglas:*

*a) Mínimo el cincuenta por ciento (50%) de los cargos de máximo nivel decisorio, de que trata el artículo 2o, serán desempeñados por mujeres;*

*b) Mínimo el cincuenta por ciento (50%) de los cargos de otros niveles decisorios, de que trata el artículo 3o, serán desempeñados por mujeres»<sup>11</sup>.*

Este tipo de acciones de discriminación positiva buscan materializar la introducción real de las mujeres en lo público y en otros escenarios, puesto que busca eliminar las barreras estructurales entre hombres y mujeres.

Imposible dejar por fuera de este análisis el papel fundamental de los artículos constitucionales que soportan el bloque de constitucionalidad (arts 4, 93 y 94):

---

<sup>9</sup> Corte const., sentencia C-055/22 (Rel: Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos).

<sup>10</sup> Constitución política de Colombia (1991).

<sup>11</sup> Art. 1, ley 6 de septiembre de 2024, n. 2424.

institución que ha sido invocada para avanzar en la construcción de la cultura de equidad, antidiscriminación y de perspectiva de género. Una figura que, tal como lo señaló la Corte constitucional en el año 2007<sup>12</sup>, cumple dos funciones: una interpretativa y otra integradora, las cuales han sido consideradas, por este mismo órgano, tanto en sede de revisión de constitucionalidad, como de tutela (acción fundamental para el constitucionalismo feminista). Un bloque de constitucionalidad que ha sido considerado al momento de fallar casos que ameritan los lentes violeta; enfoque y hermenéutica que han permitido trascendentales fallos como los siguientes listados por Paola Andrea Acosta Alvarado<sup>13</sup>: «sentencia C-710/96 - C470/97: derecho de la mujer embarazada a no ser despedida, la mujer embarazada tiene el derecho constitucional a una estabilidad reforzada en el empleo, por lo tanto, no puede ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad; sentencia C-372 de 1998: la Corte limita la jornada laboral en el servicio doméstico que, al estar consagrada de forma excesiva, constituía una afectación a la dignidad humana; sentencia C-098 de 1996: la Corte declara constitucional la protección a las mujeres vinculadas en unión libre heterosexual; sentencia C-285 de 1997: la Corte declara constitucional el delito de violencia intrafamiliar generado por violencia sexual entre cónyuges que fue tipificado por la ley 294 de 1996 ley de violencia intrafamiliar; sentencia C-410 de 1994: derecho de las mujeres a adquirir la pensión de vejez a una edad menor que la prevista para los hombres; sentencia C-481 de 1998: la Corte declaró inconstitucional la tipificación del homosexualismo como falta disciplinaria en los docentes»<sup>14</sup>.

Asimismo, Acosta Alvarado señala que:

«la inexequibilidad de las normas del código civil y del código del trabajo que ubicaban a la mujer en el típico papel de vulnerabilidad e inferioridad e impedían el ejercicio efectivo de sus derechos en condiciones de igualdad, la concreción y el desarrollo de la figura del fuero especial para la mujer embarazada en el ámbito laboral, el aval a las normas que establecen tratos preferentes a las mujeres cabeza de familia, el visto bueno a las normas que penalizan ciertas formas de violencia contra la mujer y, en general, la superación de ciertas condiciones de discriminación histórica. El fallo más relevante sobre la protección constitucional a las mujeres ha sido la sentencia de constitucionalidad sobre la llamada ley de cuotas, C-371 de 2000, pues en él se aclara el papel promocional del Estado frente a la consecución de condiciones de igualdad real y su compromiso ineludible con el diseño de acciones afirmativas como una herramienta útil e indispensable para lograr la efectiva protección de las mujeres»<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Corte const., sentencia C-075/07 (Rel: Rodrigo Escobar Gil).

<sup>13</sup> ACOSTA ALVARADO, *La protección de los derechos de las mujeres en la Constitución colombiana*, en *Revista Derecho del Estado*, n. 20, 2007, 49-60.

<sup>14</sup> ACOSTA ALVARADO, *Op. cit.*

<sup>15</sup> ACOSTA ALVARADO, *Op. cit.*

En la misma línea evolutiva, Cristina Hurtado señala que, durante los últimos cincuenta años, el movimiento feminista ha tenido que impulsar la criminalización de la violencia patriarcal, al lograr la tipificación del “feminicidio, la violencia sexual en el marco del conflicto armado (violación, aborto forzado, embarazo forzado, contagio de infecciones de transmisión sexual, etc); la violencia intrafamiliar; la trata y el tráfico de niñas, adolescentes y mujeres con fines de explotación sexual en la prostitución; la prohibición del matrimonio infantil y las uniones tempranas..., y cada vez que se recrudece la violencia misógina tenemos que crear nuevos tipos penales, más protocolos de atención, más líneas técnicas, más derechos para las víctimas; exigir más institucionalidad y luchar contra la histórica impunidad del 95%»<sup>16</sup>.

Con ese panorama de avances complejos, retrocesos y cruel escenario patriarcal, este artículo apenas pretende hacer un análisis inicial del impacto de las teorías feministas, de las luchas de las mujeres, de la utópica despatriarcalización y de la construcción social de los lentes de género en el campo jurídico colombiano. ¿Se han logrado avances en la despatriarcalización de la administración de justicia en Colombia? Una respuesta inicial: ¡sí! Para ello, se revisarán: el impacto de las denominadas olas feministas en la administración de justicia, la conformación de la Rama Judicial en cuanto a la inclusión paritaria y la discusión de casos emblemáticos de justicia con perspectiva de género.

### 3. Más allá de las olas feministas y desde una mirada de Abya Yala

Este apartado merece una inicial reflexión sobre el concepto de patriarcado. Este término, popularizado por la escritora feminista norteamericana Kate Millet en 1969, se entiende como el «sistema social basado en la apropiación, concentración y monopolización del poder y la autoridad por parte de los hombres sobre las mujeres y otros hombres, existente en las sociedades antiguas y modernas»<sup>17</sup>. Entre las características que señala Millet se evidencian elementos como «sistema de creencias que sostiene este orden social apoyándose en una supuesta supremacía biológica y que se impone por la fuerza y justifica la violencia contra aquellas mujeres que desobedezcan los mandatos de género, de la familia y la sociedad patriarcal»<sup>18</sup>. Es precisamente este elemento el que determina todas las relaciones entre hombre y mujer, estructurando roles y paradigmas en torno a lo esperado de lo femenino frente a lo masculino, donde es el sometimiento el principal comportamiento

---

<sup>16</sup> HURTADO SÁENZ, *Durmiendo con el enemigo*, en *Razón Pública*, 24 noviembre de 2024.

<https://razonpublica.com/durmiendo-con-el-enemigo/>.

<sup>17</sup> FUNDACIÓN JUAN VIVES SURÍA, *Lentes de género: Lecturas para desarmar el patriarcado*, Caracas, 2010 en [https://biblioteca.clacso.edu.ar/Venezuela/fundavives/20170104031339/pdf\\_138.pdf](https://biblioteca.clacso.edu.ar/Venezuela/fundavives/20170104031339/pdf_138.pdf)

<sup>18</sup> *Ibidem*.

esperado. Esta posición privilegiada que le entrega el patriarcado a los hombres perpetúa su arraigo en la sociedad, incluso en espacios que buscaban revolucionar órdenes políticos y económicos establecidos: «así, este sistema social ha cambiado históricamente con las transformaciones económicas para mantener el poder de los hombres y perpetuarse ideológicamente, pues se trata de un orden político y como tal, éste puede transformarse a partir de la toma de conciencia y la acción colectiva en contra de las desigualdades dentro de las relaciones entre hombres y mujeres»<sup>19</sup>.

Un enfoque patriarcal y eurocéntrico que ya se encuentra de forma plena en el momento histórico de la Revolución Francesa, permeada por su marca masculina y heteronormativa propia del mundo del derecho. La revolución liberal y burguesa, junto con las teorías que la acompañaron (aunque trascendentales para el inicio del constitucionalismo) legó una marca jurídica aún presente en occidente, cuyo objeto principal de protección y amparo fue el hombre blanco, heterosexual y europeo; único sujeto de derechos y de la categoría de ciudadanía. Se produce entonces un derecho en clave de revolución y de pensamiento liberal inicial, cuya concreción se vería cifrada en futuras declaraciones, constituciones, códigos y ordenamientos jurídicos en donde ellas apenas tendrían una categoría de sospecha, peligrosidad y de minoría de edad. Un marco normativo para la libertad y la igualdad de *ellos*.

Así, no sorprende que desde la primera expresión del liberalismo francés se titule como: “La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”, todo en clave gramatical masculina, que se considera universal, aunque dicho universo fuera exclusivo para los señores. Esa marca histórica, pero también gramatical, se convertiría en un obstáculo para las mujeres que no fueron arropadas en clave de derechos, muy a pesar del papel histórico que ellas tuvieron en la construcción revolucionaria y social, además de la guillotina – en sentido figurado – propuesta de declaración de derechos de las mujeres y ciudadanas, que apenas en el siglo XX es conocida. Solamente ahora en los cursos de derecho constitucional se habla de Olympe de Gouges y de las millares de mujeres que acompañaron la gesta revolucionaria<sup>20</sup>. Esta marca apenas ha sido identificada en el siglo XX, como la primera ola del feminismo en el mundo y que encuentra en esta frase de Amelia Valcárcel una lectura: «El feminismo es un hijo no querido de la ilustración pero no por ello es mejor hijo, aunque la ilustración no lo buscare»<sup>21</sup>. Así, Estado, derecho y justicia tendrán un halo patriarcal en plena ilustración y para marca de toda la modernidad.

Luego vendrá la segunda ola del feminismo, impulsada, entre otras cosas, por la revolución industrial y, con ella, las nuevas teorías marxistas, socialistas y hasta liberales en clave democrática, todo a manera de presión, para parir una nueva

---

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> O. DE GOUGES, *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana*, París, 1791. <http://clio.rediris.es/n31/derechosmujer.pdf>

<sup>21</sup> VALCÁRCEL, *Qué es y qué retos plantea el feminismo*, Madrid, 2001, 6.

etapa del feminismo que se traducirá, con el tiempo, en nuevos avances en materia de despatriarcalización del derecho. Una fase caracterizada por luchas sociales y reivindicaciones sindicales, laborales, educativas, de propiedad, de democracia igualdad, de abolicionismo del esclavismo y más. Surgirán entonces: convenciones, declaraciones, de la mano de inmoluciones y hasta de violencia para conseguir el voto y la igualdad material.

En este nuevo impulso participaron diversas actrices a ritmo del movimiento sindical, electoral/sufragistas, político, literario, teórico o como activistas por los derechos civiles y políticos. No obstante, no fue hasta con posterioridad a la segunda guerra mundial que esas básicas discusiones liberales de los derechos del hombre y del ciudadano se cuestionaron, poniendo entonces a la mujer lentamente en un ordenamiento jurídico construido para ellos. Este movimiento social, económico, político, se identifica como segunda fase (en el mundo del feminismo liberal), denominada ola feminista liberal sufragista concretada en acceso a todos los niveles de educación, profesiones y voto – así la describe la aymara Adriana Guzmán: un pequeño espacio para la igualdad conseguido a punta de sufrimiento<sup>22</sup>.

No obstante, este reconocimiento (junto con otros) no implica en sí mismo un cambio de la posición de la mujer en la sociedad occidental: si bien ellas lograron «acceder a derechos civiles y políticos, e incluso empleo, sin que estos les permitiera ocupar espacios de decisión, también es cierto que lo privado siguió siendo su constante»<sup>23</sup>. Esta disparidad encuentra su más profunda entraña en las dinámicas estructurales de los hombres respecto de las mujeres, que ha impedido que esa igualdad formal entre los géneros y sexos se logre materializar de una manera realmente efectiva en el Estado, siendo este el espejo perfecto del poder ejercido por los patriarcas dentro de la familia respecto de las mujeres. Esta mimesis se hace evidente en los espacios de “señorío” del Estado; instituciones como la iglesia y las mismas ramas del poder público ideadas en las constituciones liberales lideradas por hombres, de manera que las discusiones concernientes al ciudadano incluían solo una perspectiva: la masculina, cabe entonces preguntarse: ¿Qué tanto ha cambiado eso?

De la misma forma, se habla de terceras y cuartas olas de feminismo, que no necesariamente son de despatriarcalización. La tercera referida en la letra de Adriana Guzmán, a derechos civiles, reproductivos, paridad política y papel de las mujeres en la globalización<sup>24</sup>. La pastilla anticonceptiva será una gran revolución para el mundo de las mujeres. También, la cuarta ola, llena de derechos emergentes y de un cruce entre feminismos de diversas clases: radicales, antirracistas, de izquierda, institucionales, decoloniales y hasta descoloniales, por

---

<sup>22</sup> GUZMÁN ARROYO, *Descolonizar la memoria, descolonizar los feminismos*, II ed., La Paz - Llojeta, 2019.

<sup>23</sup> PABÓN MANTILLA, *Perspectiva de género en la decisión judicial: justificación y metodología*, en *Academia & Derecho*, n. 22, 2021, 107-127.

<sup>24</sup> GUZMÁN ARROYO, *Op. cit.*

nombrar algunos. Este último (descolonial) rompe con la teoría de las olas, la cual considera tan eurocéntrica y blanca y tan lejana del mundo de las mujeres de Abya Yala. Es en el marco de estas nuevas lecturas que se une el feminismo con lo ancestral, lo intercultural, lo comunitario, lo despatriarcal, anticapitalista, antirracista, y antineoliberal. Un enfoque feminista solamente posible desde el “Sur Global”.

Estas olas “despatriarcales” llegan a Colombia de forma lenta, por ejemplo: «las primeras reformas legales en este sentido se dieron en 1931, 1932 y 1933, cuando se introdujeron normas que permitieron a las mujeres recibir sus salarios (ley 83 de 1931), administrar sus bienes y contratar con terceros (ley 28 de 1932), y acceder a la educación superior (ley 31 de 1933). Posteriormente, la reforma constitucional de 1954 les permitió a las mujeres votar y el Decreto Legislativo 2820 de 1974 estableció su igualdad respecto del varón en todos los aspectos del derecho civil»<sup>25</sup>.

Uno de los obstáculos principales se evidenció en la falsa concepción de la neutralidad del derecho: «muchas normas se crean a partir de valores sociales y expectativas que reproducen y buscan perpetuar valores hegemónicos, como la heterosexualidad, la superioridad de lo masculino o la fuerza de un sexo sobre el otro. El derecho, lejos de ser natural, es visto como construcción sexista y androcéntrica del grupo social en el poder»<sup>26</sup>. Por lo anterior, las mujeres tuvieron que demostrar no solo que el derecho en sí mismo contenía relatos para la discriminación y la crueldad, sino que era necesario que esos estereotipos jurídicos fueran desintegrados para el alcance de una igualdad real.

Las medidas de discriminación positiva hacen parte de las innumerables estrategias. Sin embargo, esta fue la respuesta patriarcal: “no por ser mujeres se merecen el espacio”. La misma tensión que conlleva al sufrimiento para el ingreso y luego para el sostenimiento de los espacios y derechos logrados; las mujeres siempre están en deuda, así, debían probar hasta la saciedad el merecimiento de lo que ellos tienen por el simple hecho de ser hombres.

Esta discriminación está presente en el campo jurídico y la justicia es uno de sus escenarios de concreción. Por ejemplo, el de la clasificación de áreas del derecho con base en el género: «las diferencias que introdujo en la vida cotidiana la idea de la separación de lo público y lo privado, una primera segregación dentro del derecho se da entre las áreas de lo político, lo patrimonial y lo social, que tienden a considerarse áreas masculinas, y las áreas de lo familiar, que tiende a considerarse femenina. La segregación se refleja en los temas que se priorizan dentro de la enseñanza, en el sexo de la

---

<sup>25</sup> I.C. JARAMILLO SIERRA - A.L. JARAMILLO SIERRA, *Perspectiva de género en la decisión judicial. Módulo de formación autodirigida para jueces y juezas*, 2017, 11.

<sup>26</sup> PABÓN MANTILLA, *Op. cit.*

mayoría de los profesores y doctrinantes, y en ocasiones también en quienes litigan en estas áreas»<sup>27</sup>.

El color violeta llegó al mundo del derecho: la Constitución Política y las normas hablan. ¿Pero cómo hacer que estas nuevas directrices permeen la justicia, también tan masculina, machista y patriarcal? Normas, políticas públicas, integración paritaria y formación judicial para la equidad.

#### **4. Ellas llegaron a la justicia, pero con la misma formación patriarcal**

Ahora se habla de una justicia plural integrada por mujeres, hombres, diversos/as y de muchos colores y regiones. Pero, para llegar a ese ideal, queda mucho camino por transitar. Apenas una justicia en Colombia hace parte de este modelo plural: la Justicia especial de paz. Las demás intentan hablar de paridad y equidad, en medio de las batas negras diseñadas para el juez hombre. Ser mujer no implica nacer con los lentes de la igualdad y la equidad; hace falta mucha formación para la construcción de los lentes violeta en la justicia. Sin embargo, el ingreso de ellas al campo jurídico de la administración de justicia ya es un triunfo.

Las mujeres en Colombia han logrado superar muchos obstáculos y asumir las altas magistraturas. Por ejemplo, para el año 2021, la Corte Suprema de Justicia –que lidera la justicia ordinaria en Colombia–, apenas está integrada por mujeres en un 21.7%, conforme a un estudio del Observatorio de igualdad de género de América Latina y el Caribe de la CEPAL<sup>28</sup>, siendo el quinto país de América Latina, el Caribe y la península ibérica con la cifra más baja de participación de mujeres en este Tribunal máximo.

Esta tendencia no mejora; más bien se agrava: la magistratura de las altas cortes cuya metodología de ingreso es la cooptación, sigue pensando que las mujeres no nacieron con las mismas capacidades de ellos. Sobre el último ingreso de un magistrado a la Corte Suprema de Justicia y la baja presencia de mujeres en dicho tribunal, María Adelaida Ceballos escribió:

«Esta presencia minoritaria de las mujeres en la Corte no solo es descorazonadora, sino que es inconstitucional e ilegal por varias razones. Primero, la Constitución establece que “las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública” (art. 40). Segundo, la Constitución dispone que la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas debe garantizar la equidad de género, entre otros principios (art. 126). Tercero, al revisar la reciente reforma a la ley estatutaria de administración de justicia, la

---

<sup>27</sup> I.C. JARAMILLO SIERRA, *La pregunta por las mujeres, Unidad 1*, en ID. (ed.), *Herramientas para la aplicación del enfoque de género en la administración de justicia*, 2019, 42-43.

<sup>28</sup> *Bases de Datos y Publicaciones Estadísticas, Poder judicial: porcentaje de mujeres ministras en el máximo tribunal de justicia o corte suprema*, 2021 en [https://statistics.cepal.org/portal/databank/index.html?lang=es&indicator\\_id=1704&area\\_id=](https://statistics.cepal.org/portal/databank/index.html?lang=es&indicator_id=1704&area_id=)

Corte Constitucional determinó que “el principio de equidad implica asegurar la paridad o una participación equilibrada de mujeres y hombres en el acceso a la magistratura de la Corte suprema de justicia...” (sentencia C-134 de 2023). Estos tres fundamentos están alineados con la recomendación general n. 40 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de la ONU, la cual exhorta a los Estados parte (como Colombia) a garantizar la participación paritaria de las mujeres en los escenarios de toma de decisiones, enfatizando en el poder judicial»<sup>29</sup>.

Pero esto todavía no cala en los altos tribunales, cuyo ingreso se realiza a manera de cooptación: Corte Suprema de Justicia (justicia ordinaria) y Consejo de Estado (justicia contencioso administrativo). Para el caso de la Corte constitucional (un proceso de elección político y en cabeza del Senado de la República, previas ternas del Presidente de la República, Consejo de Estado y Corte suprema de justicia), la paridad se ha logrado por momentos, aunque dicha paridad no se refleje siempre en posiciones feministas de las mujeres magistradas. Aún así, esta paridad ya es un triunfo, máximo respeto al pensamiento plural, que muchas veces ha logrado avances de la mano de magistrados hombres permeados, por fortuna, con perspectiva de género: aquí es cuando la formación judicial cunde.

Lo cuantitativo se debe leer también en clave cualitativa. Las cifras arrojan un panorama sexista en materia de integración de las altas cortes en Colombia, excepto, la justicia de paz. Sin embargo, en medio de tal escenario, algunas sentencias, también de ponencia de hombres o votadas por hombres, han hecho la diferencia en materia de feminismo.

La Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, para el año 2024, señaló que, de los 91 magistrados de las altas corporaciones en Colombia, sólo 27 de estos cargos son ocupados por mujeres<sup>30</sup>; pero un análisis de la integración debe hacerse más allá de las altas cortes. Así, toca revisar los tribunales y los juzgados en sus diversas instancias.

Cuadro tomado de la Rama judicial - estadística, denominado: Funcionarios judiciales por tipo de cargo<sup>31</sup>:

---

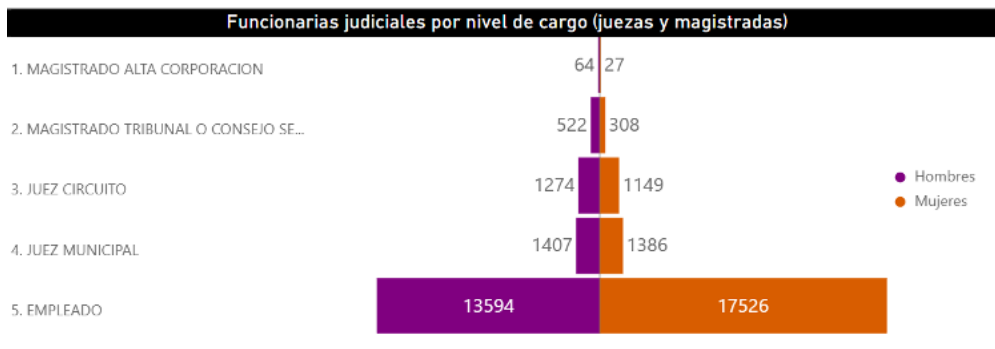
<sup>29</sup> CEBALLOS BEDOYA, *Más lejos de la paridad en la Corte Suprema*, in *Ámbito Jurídico*, 29 de octubre de 2024. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/administracion-publica/mas-lejos-de-la-paridad-en-la-corte-suprema>

<sup>30</sup> Magistrada D. A. REMOLINA BOTIA, *Consejo superior de la judicatura, Participación de la mujer en la Rama judicial*, 2024.

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNDA5YmViODItYmJkZS00MTUxLTNmNDAtYWEzNWlWNDc3MDVklwiidCI6IjYyMmNiYTtk4LTgwZjgtNDZmMy04ZGY1LTlhYjk5OTAxNTk4YiIsImMiOiJ9>

<sup>31</sup> *Ibidem*.

Tipo de Empleado	Hombres	Mujeres	Total
1. MAGISTRADO ALTA CORPORACION	64	27	91
2. MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL	522	308	830
3. JUEZ CIRCUITO	1274	1149	2423
4. JUEZ MUNICIPAL	1407	1386	2793
5. EMPLEADO	13594	17526	31120
	<b>16861</b>	<b>20396</b>	<b>37257</b>



Los puntos 2, 3, 4 y 5 del cuadro, no aclaran el panorama de los/as que han logrado el ingreso por mérito luego de la superación de complejos y largos concursos – organizados por la Rama Judicial – que nuevamente son superados por los hombres y sus condiciones educativas y sociales propias del mundo de la competencia. Sobre el mecanismo de ingreso, provisionalidades que se multiplican, concursos y más; aparte de las altas cortes, falta mucha investigación en Colombia. Aún así, potenciar el mérito con criterios de género, territoriales y más, se hace necesario para fortalecer el ingreso de ellas tanto a la magistratura de los tribunales como a los diversos niveles de juzgados y de empleabilidad de la Rama Judicial.

**5. ¿Qué papel ha tenido el Consejo Superior de la Judicatura y la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla en la inserción de la teoría feminista y la perspectiva de género en la justicia?**

La Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, creada mediante el Decreto 250 de 1970, fue establecida como un centro de formación de pensamiento para la formación de los operadores/as de justicia. La Escuela tiene dentro de su quehacer institucional el «fortalecimiento de la administración de justicia a partir del reconocimiento de que la Rama Judicial ejerce una función de enorme trascendencia en la sociedad colombiana, la cual exige de sus magistrados(as), jueces(zas), fiscales y empleados(as), altos niveles éticos y de compromiso, con respeto por la dignidad humana, los derechos individuales y colectivos de las

personas y la eliminación de toda forma de discriminación»<sup>32</sup>. Sin duda, una institución clave para la eliminación de las barreras y paradigmas que perpetúan formas de discriminación.

Significativa tarea en materia de formación judicial para asegurar que los funcionarios de la Rama Judicial puedan incorporar en sus decisiones una perspectiva que busque cumplir con el cometido constitucional de igualdad; un ejercicio pedagógico y de formación que se ha desarrollado desde varias estrategias: la creación de textos de formación judicial en perspectiva de género, diplomados, cursos, talleres, investigación en práctica judicial con perspectiva de género y más, con miras a entregar herramientas y otras formas de interpretación del derecho que los/as operadores/as jurídicos/as han de integrar dentro de sus decisiones, cuando los casos ameriten el uso de los lentes violeta.

En este sentido, textos como *Herramientas para la aplicación del enfoque de género en la administración de justicia*, *Perspectiva de género en la decisión judicial* de Isabel Cristina Jaramillo Sierra, *Derechos de Lesbianas, Gay, Bisexuales y Personas Transgeneristas e Intersex*, entre otros, conforman la biblioteca básica que han de observar los jueces, no solo en formación, sino, como se mencionaba anteriormente, aquellos que se encuentran actualizando sus conocimientos. Particularmente, resulta relevante esta bibliografía resultado de investigaciones dirigidas por el Consejo Superior de la Judicatura para aquellos Jueces y Juezas que buscan que sus decisiones puedan materializar las luchas de las mujeres y grupos marginalizados con ocasión a su género, de manera que las sentencias judiciales no continúen reproduciendo los paradigmas y estigmas, sino que logren de manera efectiva cumplir con el cometido constitucional de alcanzar la igualdad de hombres y mujeres, y otras comunidades como la LGTBIQ+.

Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos investigativos y formativos, es importante cuestionar la obligatoriedad de estas capacitaciones con los/as funcionarios/as judiciales, quienes, por los mismos paradigmas que tuvieron en su proceso de formación judicial, pueden continuar reproduciendo el modelo patriarcal de la justicia en muchas decisiones que ameritan los lentes violeta. Sin duda, la Escuela ha tenido un papel trascendental en el proceso de antidiscriminación, pero un diagnóstico y balance se hace necesario en este momento en que muchos fallos o sentencias llegan a los altos tribunales cuando ya no hay nada por hacer en materia de derechos.

En ese camino, la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla ha determinado una serie de herramientas para facilitar y materializar la implementación de la perspectiva de género en la administración de justicia en Colombia. Una de las claves es emplear un lenguaje claro y directo. Sobre este último asunto, se ha identificado que «la práctica judicial utiliza de manera rutinaria fórmulas del

---

<sup>32</sup> Escuela judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, *Historia*, s.f., consultado el 15 de octubre de 2024. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/historia>

pasado que aumentan la apariencia técnica y la experticia de sus autores. No obstante, no todas las fórmulas tienen el mismo respaldo en la técnica jurídica y muchas de ellas, por el contrario, muestran una renuencia de los jueces a actualizarse conforme a los desarrollos de la ciencia jurídica»<sup>33</sup>. Otra de las herramientas que puede ser útil al momento de analizar un caso para el operador judicial es el dar razones y no simplemente citar las normas: «Esto también puede alargar los fallos, pero así como el uso de lenguajes más directos y cotidianos puede mejorar la percepción que tienen los ciudadanos de la justicia, entender las razones tras las normas es clave para la adecuada recepción de las decisiones de los jueces»<sup>34</sup>. Lo anterior resulta especialmente relevante cuando de perspectiva de género en la administración de justicia se trata, debido a que conduce a que el/a operador/a judicial pueda cuestionar los mismos paradigmas que ciertas normas incluyen o que pueda lograr interpretar si la aplicación de esta norma en caso es específico puede incurrir en una reproducción de un estereotipo de género o perpetuar una situación de violencia o discriminación.

## **6. Grandes orientaciones de la Rama Judicial para administrar con perspectiva de género**

La Corte Constitucional, en su sentencia T-028 de 2023, recoge la jurisprudencia del alto tribunal sobre la obligación de los/as jueces/zas de incorporar en el ejercicio judicial criterios de género para la solución de casos que ameriten dicha perspectiva. Cuando menos, señala la Corte, los jueces/zas deben:

«i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; iv) evitar la revictimización de la mujer; v) reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; vi) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; vii) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; y viii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia»<sup>35</sup>.

Esta decisión tiene como fundamento, entre otras, la sentencia T-878 de 2014, la cual desarrolla aquellas situaciones donde las decisiones de los/as jueces/zas pueden continuar reproduciendo formas de discriminación, para lo

---

<sup>33</sup> I. C. JAMILLO SIERRA, *eficacia de la decisión judicial*, Unidad 3, en I. C. JAMILLO SIERRA (editado por), *Herramientas para la aplicación del enfoque de género en la administración de justicia*, cit., 174.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Corte const., sentencia T-028/23 (rel. José Fernando Reyes Cuartas).

cual se deben llevar acciones afirmativas que eliminen, con sus determinaciones los hechos de violencia contra la mujer, como es la aplicación de convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia que buscan la eliminación de la violencia contra la mujer y la necesidad de identificar todas las dinámicas desiguales respecto del patriarcado que padecen ellas. Señala la Corte Constitucional que «la igualdad material de género aún constituye una meta, ya que subsisten realidades sociales desiguales». Por ello, ha sostenido que «la mujer es sujeto constitucional de especial protección y en esa medida, no sólo sus derechos generales sino igualmente los específicos, requieren de atención fija por parte de todo el poder público, donde se incluyen los operadores jurídicos»<sup>36</sup>. Esta último fallo también acoge y continúa desarrollando decisiones, como la C-101 de 2005, la cual en su análisis de constitucionalidad del artículo 1134 del Código Civil, desarrolla el paradigma alrededor del papel de la mujer con respecto al hombre: «el paradigma de lo humano, se construía alrededor del varón, y la mujer sencillamente era vista como un elemento de adorno cuya función en la vida era servir y hacer feliz al hombre. Superada esa época, la norma lejos de perseguir una finalidad constitucionalmente admisible, lo que hace es perpetuar la histórica discriminación a la que se ha visto sometida la mujer»<sup>37</sup>.

Las anteriores decisiones son apenas un breve recuento de la posición de la Corte Constitucional respecto del papel de los/as jueces/zas en la aplicación de la perspectiva de género. Sin duda, reglas y herramientas que han servido como sustento para las sentencias emblemáticas que serán analizadas a continuación y que se han seleccionado a manera de concreción de la teoría en la práctica de la igualdad y la equidad.

## **7. Casos de estudio en las altas cortes y en la justicia de paz para observar la adopción del enfoque de género en la administración de justicia en Colombia**

Las altas cortes han sido significativas para leer en clave de género. Un ejercicio hermenéutico a tono con las teorías críticas que hoy nutren al derecho y con el papel desarrollado, entre otras estrategias, por la Rama Judicial. Imposible no reconocer el valor de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial que desarrolla diversos caminos como: concursos de sentencias de género, conversatorios nacionales y regionales, cursos de formación, libros y otras estrategias que, sin duda, suman en la construcción de los lentes de género en la justicia.

Con todo este despliegue, más la formación de jueces/zas, se han podido construir sentencias como las que se analizarán a continuación:

---

<sup>36</sup> Corte const., sentencia T-878/14 (rel. Jorge Iván Palacio Palacio).

<sup>37</sup> Corte const., sentencia C-101/05 (rel. Alfredo Beltrán Sierra).

(i) Una magistrada, de las cinco mujeres que integraban la Corte Constitucional para la fecha de la sentencia de la despenalización del aborto (magistrada Diana Fajardo Rivera), fue la única que votó de forma positiva el proyecto elaborado por dos hombres del alto tribunal (9 integrantes en total). Sin duda, un tema que amerita una gran reflexión sobre la perspectiva de género y su relación con la administración de justicia que no siempre encuentra en las mujeres una recepción en clave de igualdad y de libertad. Un fallo que se ha escogido para observar el papel de los/as jueces/zas (en este caso de la Corte Constitucional colombiana) para transformar la vida de millones de mujeres afectadas por el bloqueo legal, institucional y social al derecho fundamental al aborto. Sentencia de la Corte constitucional C-055 de 2022.

(ii) De igual forma, se ha seleccionado la primera sentencia de la Corte Suprema de Justicia que ha tratado el tema del acoso sexual en el lugar de trabajo con enfoque de género. Sorprende en este estudio el llamado de atención que realizan hombres magistrados del alto tribunal a los jueces de primera y segunda instancia, que apenas observaron conductas de flirteo o de coqueteo tan normales en el mundo de los hombres. Esta sentencia refleja que la formación en perspectiva de género ha irradiado en forma positiva la estructura patriarcal de la administración de justicia en Colombia. Sentencia de la Corte constitucional SU-080 de 2020.

(iii) En la misma línea, se ha seleccionado una sentencia de tutela contra providencia del Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Familia – que protegió los derechos fundamentales de una Magistrada del Consejo de Estado que había sido víctima de violencia intrafamiliar. La Corte Constitucional, en este caso, y con lentes de género, observó que los jueces de primera y segunda instancia, aunque reconocieron la existencia de la violencia intrafamiliar, le negaron de forma injusta y discriminatoria las pretensiones de reparación económica que la magistrada aducía, por considerarlas innecesarias por su estatus, condición social y económica. Sentencia de la Corte suprema de justicia SP459-2023 del 8 de noviembre de 2023.

(iv) Por último, se hace referencia al macrocaso 11 de la Justicia Especial para la Paz, denominado violencia basada en género, sexual y reproductiva, y otros crímenes por prejuicio basados en la orientación sexual, la expresión y/o identidad de género diversa. La justicia de paz, inspirada por el Acuerdo del año 2016 entre el gobierno y el grupo Ex-FARC-EP, en su integración y en su compleja construcción judicial, ha tenido desde su inicio un enfoque despatriarcal, equitativo, de paridad y pluralidad único en Colombia y en el mundo. Este macrocaso responde a las víctimas de violencia en todos sus componentes durante el conflicto armado y se convierte en un hito para Colombia y la justicia del mundo en clave transicional y ordinaria, porque logra reconocer las dinámicas machistas, violentas y de poder en la guerra. Un asunto que afectó de forma cruel a los niños/as, mujeres, ancestrales y diversos/as.

### **7.1. La despenalización del aborto en Colombia a la luz de la sentencia C-055 de 2022: el voto de una para los derechos de todas<sup>38</sup>**

El feminismo ha sido fundamental para la construcción de una jurisprudencia transformadora y de protección de los derechos de las mujeres en Colombia. Gracias al activismo feminista, se han logrado, entre otros reconocimientos, la despenalización del aborto por parte de la Corte Constitucional, siempre y cuando la interrupción voluntaria se realice hasta la semana 24 de gestación (Sentencia C-055 de 2022), así como la posibilidad de acceder a este derecho sin consecuencias de criminalización, en cualquier tiempo de la gestación, ante la presencia de las tres circunstancias invocadas en la sentencia C-355 de 2006: (i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida; o, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Estos precedentes solamente fueron posibles en el marco constitucional de 1991, su bloque de constitucionalidad y la férrea movilización de las mujeres feministas que hoy invocan la desaparición total del tipo penal del aborto en Colombia y su tratamiento como política pública y de salud. Sin lentes de perspectiva de género y de interseccionalidad, sin el estudio y reconocimiento sistemático del marco convencional y de todas las obligaciones del Estado colombiano, en materia de derechos de las niñas y las mujeres, y sin una formación judicial y administrativa en asuntos de género, el avance en tamaño derecho habría sido imposible. Este logro se debe a una lectura en clave de dignidad, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la salud, igualdad, libertad de conciencia y derechos reproductivos y sexuales; toda una apuesta del siglo XXI en materia de justicia constitucional feminista conseguida con amplia dificultad, en tanto este derecho genera muchas tensiones en el mundo religioso y patriarcal que cunde en la administración de justicia.

De hecho, la sentencia C-055 de 2022 ha estado sometida a innumerables solicitudes de nulidad, que no han prosperado, según la Corte constitucional (entre otras razones por la falta de carga argumentativa), especialmente por la reiteración de la cosa juzgada constitucional de tamaño precedente del constitucionalismo feminista en Colombia. Sin embargo, algunos fallos de tutela de la Corte Constitucional denotan las tensiones internas sobre el tema y la evidente presión que ejercen los grupos conservadores y religiosos, no solo en Colombia, por cierto.

---

<sup>38</sup> Ver ESTUPIÑÁN ACHURY, *¿En qué va el derecho al aborto en Colombia?*, en *IberICONnect - El blog de la Revista internacional de Derecho constitucional en español*, 21 de julio 2023.

<https://www.ibericonnect.blog/2023/07/en-que-va-el-derecho-al-aborto-en-colombia/>.

La misma Corte Constitucional ha tenido dos sentencias, de lo que algunos señalaron como lecturas regresivas del derecho al aborto, las cuales, bajo esta lectura, fueron anuladas. A pesar de los contundentes avances en materia jurisprudencial, el derecho al aborto (tan bien visto por el mundo garantista y del constitucionalismo feminista y de la igualdad) ha sido sometido a toda clase de bloqueos institucionales. Para ciertas interpretaciones, estos dos fallos reflejan las tensiones que existen frente a este derecho. Si bien los precedentes siguen incólumes y el asunto es de cosa juzgada constitucional, en las sentencias anuladas que se citan a continuación, a manera de “colcha de retazos”, se observan párrafos de varias tendencias (regresivas y otras garantistas) que, para algunos, terminan por confundir al sistema de salud, y afectan el acceso inmediato y bajo estándares constitucionales y de derechos humanos al derecho al aborto.

La anulada Sentencia T-158 de 2023 fue, para algunos sectores, un ejemplo de interpretación y de administración de justicia sin perspectiva de género ni interseccionalidad. Esta sentencia relata las afugias y la final negación del derecho a una mujer indígena, quien debió continuar con un embarazo no deseado y con todas las consecuencias de pobreza, sociales, mentales y otras que la negación del derecho conlleva. Una situación que afecta con más fuerza a las niñas, mujeres rurales, ancestrales, migrantes, diversas y pobres en Colombia.

Esta Sentencia de la Corte Constitucional exhibe las tensiones entre el principio pluralista, la autonomía indígena, ley de origen, ley natural, derecho mayor o derecho propio, frente al derecho de la interrupción voluntaria del embarazo. Un asunto que está siendo tratado en profundidad por las feministas indígenas en Colombia, quienes tienen la voz principal sobre este asunto. Los argumentos de semilla de vida para el pueblo ancestral y el de “*nasciturus*” para occidente, se invocan una y otra vez para rechazar la práctica de la IVE (interrupción voluntaria del embarazo). En todo caso, el fallo anulado de la Corte Constitucional resultó, para muchos, contradictorio y concentrado en algunas ideas para dificultar (así sea a manera de *obiter dicta*) la lectura doctrinal garantista de la Corte sobre el derecho al aborto, interpretación que llevó a su anulación. La Corte señala:

«si bien la vida en gestación tiene un valor trascendental para el pueblo Polindara – como para el resto de la sociedad, como se precisó en la Sentencia C-055 de 2022, lo que justifica el carácter gradual e incremental de su protección, incluidas medidas de tipo penal –, no ponderar las razones expuestas por la accionante generó una afectación a sus derechos fundamentales mucho mayor que el beneficio que dicha negativa reportaba para la autonomía de esa comunidad indígena, representada en sus creencias, usos y costumbres. Ello es así, porque las circunstancias particulares de la accionante, relacionadas con su salud mental, sus redes de apoyo familiares y su proyecto de vida, comprometían de manera intensa garantías fundamentales asociadas a su dignidad humana, que constituyen un límite razonable y justificado a la autonomía de las comunidades indígenas, y que, de manera irrazonable, no fueron objeto de ninguna

consideración ni dieron lugar al ofrecimiento de alternativas frente a la IVE, de acompañamiento o apoyo en caso de continuar con el embarazo, por parte de la autoridad ancestral del pueblo Polindara»<sup>39</sup>.

Otro fallo de tutela, que para algunos sectores resultó contradictorio, fue la Sentencia T-430 de 2022 de la Corte Constitucional – también anulada –, en donde se relata la vulnerable situación de una niña indígena de 12 años quien, al interponer la acción de tutela a través de su madre para acceder a una interrupción voluntaria del embarazo, decidió con anterioridad del fallo de la Corte, llevar este embarazo a término. En dicho fallo se observan los mismos argumentos a manera de *obiter dicta* y en sede de revisión por parte de la Corte Constitucional. Los dos casos llegan a la sala de revisión cuando ya existe «carencia actual de objeto de la acción invocada, hecho superado y daño consumado».

En esta sentencia anulada se reitera que sobre el derecho al aborto «existe en la actualidad un vacío normativo y que no es posible deducir de la Sentencia C-055 de 2022 un supuesto derecho fundamental a la IVE ni en su legalización ni la obligación del sistema de seguridad social en salud de practicarla, pero tampoco que se encuentre prohibida ni que, en determinadas circunstancias, no existan razones constitucionales para su práctica. De allí que, en el actual contexto normativo en el que se inserta el artículo 122 del Código Penal y mientras el legislador regula la materia, las instituciones y médicos ante quienes se solicite la autorización de la IVE antes de la semana 24 de gestación y por causas diferentes a las tres permitidas, deben valorar y ponderar las razones aducidas, el estado de avance del embarazo y las implicaciones para la salud de la gestante»<sup>40</sup>. Así las cosas, para algunas interpretaciones, esta sentencia de tutela le cargó más requisitos al acceso al derecho al aborto, y que estos serían utilizados para impedir la interrupción antes de la semana 24 de gestación o para aplicar únicamente los tres casos despenalizados desde el año 2006. No obstante, esta argumentación de la Corte proviene de un análisis de las tensiones del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y el derecho a la autodeterminación de las comunidades indígenas.

En ese escenario, el constitucionalismo igualitario y feminista, a manera de sentencias, puede virar en cualquier momento: nada debe darse por definitivamente conquistado en materia de derechos para las mujeres. La perspectiva de género y de interseccionalidad todavía no cala en el mundo de la administración de justicia y ni los precedentes están a salvo en un escenario donde se den lecturas regresivas y conservadoras en materia de derechos. En muchos casos, el “sí, pero no así”, se puede llegar a aplicar en detrimento de los avances históricos logrados.

Por fortuna, sigue incólume el fallo hito sobre el derecho al aborto en Colombia. La sentencia ya invocada de la Corte Constitucional que despenalizó

---

<sup>39</sup> Corte const., sentencia T-158/23 (rel. Antonio José Lizarazo).

<sup>40</sup> Corte const., sentencia T-430/22 (rel. Antonio José Lizarazo).

totalmente el aborto hasta la semana veinticuatro: Sentencia C-055 de 2022. ¿Es o no un fallo con perspectiva de género? ¡Por supuesto que sí! Nuevamente el activismo feminista permea la hermenéutica constitucional. El fallo es proyectado por dos hombres, los magistrados: Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos, quienes construyeron el siguiente problema jurídico:

«Le corresponde a la Corte determinar si, a pesar del condicionamiento de la Sentencia C-355 de 2006, la tipificación del delito de aborto con consentimiento, en los términos del artículo 122 del Código Penal, (i) es contraria a la obligación de respeto al derecho a la salud y a los derechos reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes (artículos 49, 42 y 16 de la Constitución); (ii) desconoce el derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular (artículos 13 y 93 de la Constitución, 1 de la CADH y 9 de la Convención de Belem do Pará); (iii) vulnera la libertad de conciencia de las mujeres, las niñas y las personas gestantes, en especial, frente a la posibilidad de actuar conforme a sus convicciones en relación con su autonomía reproductiva (artículo 18 de la Constitución), y (iv) es compatible con la finalidad preventiva de la pena y satisface las exigencias constitucionales adscritas al carácter de ultima ratio del derecho penal (preámbulo y artículos 1 y 2 de la Constitución)»<sup>41</sup>.

Como se enunció con anterioridad, la votación en pro de la eliminación de las condiciones de la sentencia del 2006 para el acceso al aborto hasta la semana 24 fue mayoritariamente masculina, siendo la oposición principalmente femenina, como se evidencia en el salvamento de voto de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger, quien como parte central de su argumentación para el no en la votación en la decisión, consideró que esta: «constituye un hito negativo en la evolución de la jurisprudencia respecto de la protección de la vida [...] Se trata, como se verá, de una banalización significativa del derecho a la vida, cuya protección en las etapas de la gestación es inferior a la que se reconoce a objetos no humanos como el medio ambiente, la vida animal e incluso la propiedad privada. Se introduce así la idea de que existen vidas humanas disponibles y desechables»<sup>42</sup>. Además, parte de su argumentación se centró en la perspectiva del hombre en la vida del feto como se evidencia a continuación:

«Además, cuanto mayor sea la concesión de la libertad de disponer sobre la vida del no nacido, mayor dificultad existirá para (i) fundamentar coherentemente la responsabilidad del padre y (ii) defender el derecho del padre a tener hijos. En el primer caso, la irresponsabilidad masculina se verá estimulada por el hecho de que en sentido estricto la causa del nacimiento no es el acto sexual del hombre sino la negativa femenina de abortar, por lo que la lógica de la imputación de los deberes paternos se verá debilitada, al menos sociológicamente. En el segundo caso, si se acentuase la idea de que la vida del hijo es objeto de

---

<sup>41</sup> Corte const., sentencia C-055/22 (rel. Antonio José Lizarazo Ocampo - Alberto Rojas Ríos).

<sup>42</sup> *Ibidem*.

plena disposición materna, el derecho a decidir el número de hijos se desplaza de la pareja a la mujer. El hombre queda reducido a un simple tercero que debe aceptar la disposición de la vida de su hijo, sin que se exija siquiera una razón. Por lo tanto, queda privado de un derecho que la Constitución reconocía, en principio, sin distinción de sexo»<sup>43</sup>.

Esta libertaria sentencia refleja que las mujeres también pueden optar por tendencias regresivas y patriarcales en materia de derechos. Un asunto respetable desde el pluralismo, pero no concebible para el feminismo ni para el constitucionalismo garantista ni liberal. Tal como se señaló en el título, apenas una mujer de cuatro que integraban en ese momento la Corte Constitucional votó por la ponencia de la despenalización del aborto hasta la semana 24. La mayoría de los hombres votó en positivo, excepto uno de ellos, jurista plenamente identificado con la tendencia conservadora en el alto tribunal.

## **7.2. Caso Magistrada Stella Conto: un nuevo paradigma para entender la violencia basada en género en Colombia (SU-080 de 2020 - Corte constitucional)**

La violencia intrafamiliar, cuando es sufrida por las mujeres, tiene innegablemente su raíz profunda en el sistema patriarcal que las somete a roles de sumisión respecto de su esposo. Una de las dificultades que tienen estos casos cuando se llevan a la justicia para buscar precisamente su reparación, se evidencia en el conjunto de paradigmas que rodean a los/as operadores/as judiciales. El caso de la magistrada del Consejo de Estado Stella Conto en el proceso de cesación de efectos civiles del matrimonio por la causal de violencia intrafamiliar en contra de quien era su esposo, Virgilio Albán Medina, puso en evidencia el déficit de perspectiva de género en las decisiones judiciales y los sesgos en los que incurren los operadores jurídicos al momento de fallar este tipo de casos.

### *1) El caso: casi una década para dar fin a la revictimización y discriminación judicial*

Stella Conto Díaz del Castillo, es una abogada con una reconocida trayectoria en el sector público en materia de responsabilidad civil, estatal, contractual y extracontractual, siendo magistrada auxiliar de la Corte Constitucional y de la Sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, exmagistrada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, quien desde el 2013 emprendió una lucha judicial por hacer valer sus derechos como víctima de violencia intrafamiliar.

El 16 de mayo de 2013, la magistrada Conto acude a la justicia para dar fin a su matrimonio con el señor Albán Medina, aduciendo que durante la unión ella fue víctima de diferentes ultrajes, humillaciones y otras conductas configurativas de violencia intrafamiliar, por lo que solicita el reconocimiento de una reparación consistente en tres millones de pesos colombianos, bajo el concepto de alimentos. Esta demanda llegó en primera instancia a un Juzgado de Familia, el cual tras

---

<sup>43</sup> *Ibidem.*

hallar culpable a su ex pareja de violencia intrafamiliar, decidió no ordenar la medida de alimentos solicitada por Conto como reparación, al considerar que no se acreditó la necesidad de la magistrada de recibir esto.

Ante esta decisión, Conto impugna la decisión insistiendo que se declarara probada la causal de violencia intrafamiliar y se condenara a su expareja a repararla, por lo cual este caso llega a la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, la cual considera probada la causal de violencia intrafamiliar en el caso, encontrando a la expareja de Conto como culpable, pero reafirma la consideración del juez de primera instancia al indicar que, como ella «cuenta con ingresos suficientes para subsistir y también para proveerle alimentos a sus hijos en lo que corresponde»<sup>44</sup>, se abstiene de condenar al conyuge culpable al pago de alimentos.

Conto, al considerar que esta decisión resulta discriminatoria, puesto que el juicio de «haber conseguido la posición que hoy ocupa [...] no resulta un criterio admisible para privarla de su derecho fundamental a ser resarcida por la violación de sus – sic – derecho fundamental a vivir libre de violencia y discriminación de género y violencia *intrafamilia*»<sup>45</sup>, acude a la acción de tutela para controvertir esta decisión y que sea analizada en sede constitucional si el fallo que la priva a ella como víctima de violencia intrafamiliar de una reparación resulta acorde a las máximas de la Constitución política de Colombia. Por lo que no es sino hasta el 2020, que la Corte Constitucional, mediante la sentencia SU-080, profiere una sentencia histórica en materia de perspectiva de género en casos de violencia intrafamiliar.

#### *Consideraciones de la Corte Constitucional*

1) La perspectiva de género: una obligación en el análisis de la violencia intrafamiliar contra las mujeres

La Corte Constitucional inicia su consideración desde la existencia de un paradigma del rol de la mujer proveniente de una relación de poder histórica de desigualdad entre los hombres y mujeres: «Así, la mujer tradicionalmente se concibió como un sujeto sobre el cual el hombre podía ejercer posesión. Igualmente, estas potestades del hombre sobre la mujer lo habilitaban para ejercer contra aquella, todo tipo de actos de agresión física o psicológica para lograr su obediencia»<sup>46</sup>.

Con este reconocimiento, la Corte arriba a una definición de violencia de género indicando tres características básicas: «a) El sexo de quien sufre la violencia y de quien la ejerce: la ejercen los hombres sobre las mujeres. b) La causa de esta violencia: se basa en la desigualdad histórica y universal, que ha situado en una posición de subordinación a las mujeres respecto a los hombres. c) La generalidad de los ámbitos en que se ejerce: todos los ámbitos de la vida, ya que la desigualdad se cristaliza en la pareja, familia, trabajo, economía, cultura política, religión, etc.»<sup>47</sup>. Estos tres elementos, además, le permiten a la Corte

---

<sup>44</sup> Corte const., sentencia SU-080/20 (rel. José Fernando Reyes Cuartas).

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

empezar a teñir conceptos como el de violencia doméstica de un matiz de especialidad de la ocurrencia de esta conducta cuando esta es cometida en contra de una mujer: «Así entonces, pueden ocurrir actos de violencia contra la mujer en el ámbito familiar cuando se ejerce contra mujeres miembros del grupo familiar como consecuencia de los vínculos que la unen con la institución»<sup>48</sup>.

No obstante, la Corte al entretener ese paradigma histórico y social de sumisión de las mujeres ante el hombre dentro del núcleo de la estructura familiar con la ocurrencia de la violencia intrafamiliar arriba a una conclusión fundamental para concebir este caso: es una obligación dentro del análisis que realizan los/as operadores/as de justicia en casos de violencia intrafamiliar aplicar la perspectiva de género.

En este sentido, la Corte de manera muy elemental parece dar respuesta a diferentes cuestionamientos que se suscitan desde el estigma alrededor de la perspectiva de género en la función judicial; indicando por un lado, que este análisis jurídico: «no implica una actuación parcializada del juez en su favor; reclama, al contrario, su i) independencia e imparcialidad y ii) ello comporta la necesidad de que su juicio no perpetúe estereotipos de género discriminatorios, y; iii) en tal sentido, la actuación del juez al analizar una problemática como la de la violencia contra la mujer, exige un *abordaje multinivel*»<sup>49</sup>. (Subrayado fuera del texto). Precisamente, ese concepto de *abordaje multinivel* presenta uno de los ejercicios más avanzados en materia de aplicación jurídica: no es solo acudir a la jurisprudencia nacional o internacional en la materia, incluso trasciende de acudir al bloque de constitucionalidad en tratados internacionales de protección a los derechos de las mujeres, sino que implica hacer un análisis de otras disciplinas normativas como la sociología para comprender cómo ese conjunto de prácticas, roles y paradigmas históricos, culturales y económicos delimitan e inciden en ese caso puntual en el cual se está definiendo si existió violencia intrafamiliar y si esta tiene su raíz profunda en la violencia basada en género.

También resulta relevante la precisión de la Corte Constitucional respecto de la imparcialidad de los jueces en las decisiones cuando se hace un análisis de caso desde perspectiva de género. Esta aclaración es pertinente ante cuestionamientos de sectores de la opinión pública desde los cuales se tiene la errónea concepción de que, en casos de violencia de género, los operadores judiciales entrarían a analizar el caso con un sesgo “pro-mujer” lo que les impediría realizar un juicio objetivo. No obstante, este lineamiento señalado de la Corte Constitucional apunta precisamente a refutar este equívoco: la objetividad en casos proviene precisamente desde ese análisis multinivel a que se acude para poder estudiar ese caso en cuestión, el cual permite que ese operador/a jurídico/a, que trae consigo un conjunto de paradigmas sociales, culturales, económicos patriarcales, pueda reconocerlos como una preconcepción y no una verdad irrefutable, y así tomar una decisión verdaderamente objetiva que proviene de la comprensión de que ese

---

<sup>48</sup> *Ibidem.*

<sup>49</sup> *Ibidem.*

caso de violencia de género a estudiar es resultado de esos fenómenos sistemáticos de desigualdad entre hombres y mujeres.

2) *La reparación: un derecho para las víctimas de violencia de género*

Como problema jurídico a la controversia de la Magistrada Stella Conto ante la sentencia de segunda instancia, la Corte Constitucional cuestionó la decisión de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá que, a pesar de haber reconocido probada la causal de violencia intrafamiliar y haber reconocido a la accionante como la cónyuge inocente, se negó a otorgar una medida reparadora. Por lo anterior, la Corte analiza instrumentos internacionales como la *Convención de Belém Do Pará*, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad y el cual tiene otras herramientas de interpretación, como es el Informe de la Relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias de las Naciones Unidas de 2010, el cual hace especial énfasis en la reparación en casos de violencia de género.

La reparación en este tipo de casos se entiende en doble vía: por un lado, esta debe apuntar a remediar el daño que ha sufrido la víctima. Por otro lado, tiene una perspectiva más estatal, en este sentido, la víctima debe poder recuperar la confianza en las instituciones. Sin embargo, la Corte Constitucional respecto a este concepto, va más allá y logra conectar esta idea de reparación integral con la indemnización proveniente del derecho civil, la que se encuentra atada al principio de responsabilidad civil del derecho de quien sufre un daño de recibir un resarcimiento.

Anteriores consideraciones condujeron a la Corte Constitucional, en esta sentencia, a tomar una decisión histórica: todo el proceso judicial, donde los/as jueces/zas de este proceso al negarle su derecho constitucional a una indemnización tras el argumento que “trabaja y percibe ingresos” fue revictimizante y discriminatorio, y que esos daños sufridos por violencia al interior de la familia deben ser reparados. Por lo tanto, esa decisión del Tribunal Superior de Familia debe ser revocada en cuanto a la negativa de la reparación a la magistrada Conto, y se le ordena a este operador judicial iniciar el trámite respectivo en el derecho civil para que la accionante acceda a una reparación integral.

**7.3. No es “un simple flirteo”: la primera sentencia de la Corte suprema de justicia sobre acoso sexual en el lugar de trabajo. Corte suprema de justicia SP459-2023 del 8 de noviembre de 2023**

Otro de los ejemplos de los avances en la jurisprudencia colombiana en materia de perspectiva de género en la labor judicial se puede evidenciar en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SP459-2023 del 8 de noviembre de 2023, mediante la cual se confirma la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en la cual se condena al señor Páramo Zapata por el delito de acoso sexual, convirtiéndose en un precedente de la aplicación de la perspectiva de género en la formación judicial.

La relevancia de este caso dentro del análisis de la perspectiva de género de la formación judicial radica en que este logra demostrar, por un lado, los obstáculos que sufren las mujeres que deciden denunciar casos de abuso sexual dentro del lugar de trabajo cuando acuden a la justicia. La víctima, mientras se encontraba en su lugar de trabajo, siendo acompañada de un contratista que necesitaba de la firma de Páramo Zapata, fue interpelada por él, quien la llamó a su oficina haciéndole preguntas sobre su posición en la entidad y su salario. Inmediatamente después de cerrar la puerta con seguro, Zapata se desabrochó el pantalón y sacó su pene y le pidió que le realizara una felación y se dirigiera al baño, momento en el que la víctima salió de la oficina recibiendo una amenaza por parte de Zapata, quien le indicó que él no respondía por lo que podía sucederle. La víctima recibió una llamada de Zapata, quien le insistió que regresara a la oficina, a lo que ella se negó y procedió a comentarle la situación a sus compañeras de trabajo y elevó la queja correspondiente a la Alcaldía. Esta situación demuestra precisamente esas asimetrías en las relaciones de poder en las que se encuentran las mujeres en el lugar de trabajo, donde, por un lado, existen las barreras contextuales que se han señalado a lo largo del texto que sufren las mujeres para ingresar al mercado laboral, pero por otro lado, ya dentro del espacio de trabajo y para poder continuar en el mismo, esas violencias que materializan las dinámicas estructurales de subyugación de los hombres sobre la mujer se reproducen y agudizan por medio del acoso sexual laboral, pero que se han normalizado, imitando también la indolencia de las violencias basadas en género que sufren las mujeres en espacios como el hogar o la calle.

Lo anterior se hace evidente en las consideraciones de la decisión de primera instancia proferida por el Juez 25 penal del Circuito de Bogotá, que absolvió al acusado al apreciar que el señor Páramo Zapata, si bien si ejercía un cargo directivo, el «no ejercía potestad sobre las abogadas que laboraban en la subdirección administrativa y financiera, debido a lo cual los aspectos descriptivos del tipo penal no se cumplen, dada la imposibilidad de doblegar la voluntad de la víctima»<sup>50</sup>. Además, esta decisión estuvo soportada en un dictamen pericial de tipo psicológico, que llevó al Juez a considerar que: «los trastornos psíquicos evidenciados en la sintomatología descrita por los profesionales en salud mental, aflictivos de su percepción de la realidad pudo llevarla a interpretar erradamente el beso en la mejilla estampado por el procesado o la cesión de la silla realizada por este en un comité de trabajo»<sup>51</sup>. Esta argumentación pone en evidencia la revictimización que sufren las mujeres cuando acuden a la justicia para denunciar los hechos de violencia machista de los que fueron víctimas; no solo se cuestiona la veracidad de lo acontecido (que en general hace parte de cualquier proceso penal), sino que esto implica una exigencia hacia la mujer

---

<sup>50</sup> Corte suprema di justicia di Colombia, Sez. pen., sentencia SP-459/2023 (rel. Gerson Chaverra Castro).

<sup>51</sup> *Ibidem*.

víctima de demostrar que realmente sufrió la violencia, que era débil frente a la situación, lo que conduce a que se puedan presentar narrativas, como lo sucedido con este juez de primera instancia, de que son ellas quienes se imaginan ser víctimas y que simples filtros (coqueteos) o actos de una supuesta galantería no constituyen una situación de acoso.

Por lo anterior, esta decisión fue apelada por la víctima, siendo en esta segunda oportunidad la instancia donde se evidencia la perspectiva de género dentro del ejercicio de los jueces. Uno de los reproches más importantes que realizan los magistrados del Tribunal se dirige a la consideración del juez de primera instancia de que la víctima malinterpretó actos del señor Páramo Zapata: «asistía al décimo piso y exigía a Stella García saludarlo de beso, le cogía la cara, las manos y le hacía comentarios sobre sus senos y piernas, conducta que la incomodaba e intimidaba; a revelar su superioridad cuando la invitó a sentarse y preguntó los motivos por los cuales salió del jardín botánico»<sup>52</sup> y que resultó revictimizante interpretar una experiencia de violencia sexual previa sufrida por la víctima como hecho que la indujo a ella a malinterpretar el actuar del acusado. Además, se resalta como parte principal de la consideración del Tribunal, que si bien Zapata no era el jefe inmediato de la víctima, el sí tenía un cargo de poder y «advierde que esa posición de autoridad sobre la víctima, así el acusado no fuera su jefe inmediato, lo hace sujeto cualificado del delito de acoso sexual. [...] critica al juez de primera instancia por acudir a la naturaleza del contrato de prestación de servicios y normas que lo regulan, negando la existencia de la relación laboral subordinada, cuando los vinculados bajo dicha modalidad de contratación se encuentran en posición vulnerable frente a abusos, persecución y acoso, al depender su permanencia de la gracia del administrador»<sup>53</sup>. Anteriores consideraciones llevaron al Tribunal a condenar a Páramo Zapata por el delito de acoso sexual.

Como es predecible, el acusado Páramo Zapata impugnó la decisión, llegando el caso a la Corte Suprema de Justicia, donde se unificaron los criterios empleados por el Tribunal Superior para analizar el acoso sexual y confirmando la condena, indicando, por ejemplo, que el delito de acoso sexual «tal como está configurado describe distintas formas de relación mediante las cuales el sujeto activo adecúa su conducta, sin que las surgidas en el campo laboral estén mediadas necesariamente de un vínculo contractual específico o de una relación de subordinación. [...] la posición laboral exigida por el tipo penal está vinculada con la categoría del empleo o cargo desempeñado y no con la naturaleza del vínculo laboral o contractual, puesto que la relación de superioridad deviene en razón de la ocupación o actividad encomendada y no de la forma de su nombramiento o contratación»<sup>54</sup>. Ello lleva a la Corte Suprema a indicar que el señor Páramo si

---

<sup>52</sup> *Ibidem.*

<sup>53</sup> *Ibidem.*

<sup>54</sup> *Ibidem.*

usó su situación de superioridad dentro de la entidad para ejercer violencia en contra de la víctima. Sin embargo, se ha de resaltar la importancia que da la Corte del análisis del caso a la luz de la perspectiva de género, cuando se realiza un reproche respecto de los reparos que hizo el condenado de la actitud de la víctima con posterioridad a los hechos constitutivos de acoso sexual, señala entonces la sala que:

«Tal reclamo, se aparta del enfoque de género prevalente en el examen de los hechos y ponderación del testimonio de la mujer víctima, bajo el entendido del rechazo en la labor judicial, en razón de su género, de todo prejuicio y exigencia de estereotipos sobre determinado modo de comportamiento y reacción que debería asumir frente a las agresiones y actos de violencia física y sexual a los cuales es sometida, en orden a estimar creíble su versión. Sin olvidar que la ponderación de la prueba se realiza con sujeción a las reglas de la persuasión racional, merece crítica la visión, según la cual, si la mujer no llora, gesticula, exclama y manifiesta sus afectos y emociones como consecuencia del hecho del que ha sido víctima, es porque este no ha existido o ha sido consentido por ella»<sup>55</sup>.

Precisamente esta advertencia que hace la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia evidencia ese cuestionamiento que debe hacerse el intérprete del derecho de los propios sesgos y paradigmas que reposan sobre las mujeres víctimas de violencia basada en género donde se exige sufrir la violencia de determinada forma, de manera que, si se actúa de manera contraria al estereotipo de la buena mujer que padece, que llora, que es débil, no se es realmente víctima. Merece entonces una gran atención esta consideración, porque, deriva un precedente no solo para el derecho, sino para el ordenamiento, puesto que hay una pretensión por parte de los magistrados de la Corte Suprema en este caso de derribar ese estereotipo y de inadmitir completamente, de las narrativas en este tipo de casos, de que las mujeres solo son víctimas cuando actúan conforme a ese paradigma que las muestra como sumisas y débiles ante la violencia.

#### **7.4. Justicia transicional y de paz en perspectiva de género**

La Justicia Especial para la Paz (en adelante JEP) es uno de los grandes mecanismos para poder entretejer los lazos de la sociedad colombiana que se quebraron por el conflicto armado. Esta instancia judicial tiene como fin la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Precisamente estos cometidos llevaron a la JEP a abrir uno de los macrocasos de especial importancia en la perspectiva de género en la formación judicial: el macrocaso 11: Violencia basada en género, violencia sexual, violencia reproductiva, y otros crímenes cometidos por prejuicio basados en la orientación sexual, la expresión y/o identidad de género diversa en el marco del conflicto armado colombiano. Este macrocaso marca un precedente en los modelos de justicia de restaurativa porque reconoce

---

<sup>55</sup> *Ibidem.*

que dentro de los conflictos armados se reproducen dinámicas de violencia patriarcal sobre las mujeres y la población LGTBIQ+, mostrando que la guerra es un escenario donde la figura estereotipada del “macho” es quien debe imponerse sobre otras expresiones diversas del género, por ejemplo, o sobre las mujeres, quienes son concebidas como un objeto más que ha de ser doblegado o tomado como un botín.

Este macrocaso se enfoca en el reconocimiento de patrones de macrocriminalidad, los cuales se desplegaron en acciones como violencias dirigidas específicamente a personas parte de la población LGTBIQ+, quienes, por hacer parte de esta comunidad por su género, expresión del género u orientación sexual. En este sentido, señala la JEP que se hallaron «dos modalidades: la primera, consistió en el sometimiento de las víctimas por la idea de la disponibilidad sexual de personas con Orientación Sexual e Identidad de Género Diversa (OSIEGD). En esta modalidad se desplegaron diversas formas de violencia por prejuicio, que incluyeron violencia sexual, en el marco de requisas, retenciones arbitrarias y/o traslados a zonas apartadas. Según se documentó en los informes, tras la retención, las víctimas eran golpeadas, obligadas a desnudarse o a vestir de determinada forma, torturadas o violadas. La segunda modalidad agrupa hechos en los que el objetivo era eliminar o expulsar a las víctimas con OSIEGD del territorio»<sup>56</sup>. Respecto de las mujeres, se evidenció un patrón desplegado hacia ellas específicamente por el hecho de ser mujer, por lo que parte del estudio del macrocaso 11 tiene como objetivo investigar hechos donde «integrantes de la Fuerza pública perpetraron actos de violencia basada en género, incluyendo violencia sexual, motivados por la idea de que las mujeres, por serlo, están obligadas a cumplir roles de género frente a cualquier hombre como, por ejemplo, estar disponibles sexualmente, atenderlos y trabajar para ellos»<sup>57</sup>. Asimismo, como parte de las violencias dirigidas en contra de las mujeres, dentro de la información allegada a la JEP en testimonios se evidenciaron actos en contra de los derechos sexuales y de autonomía reproductiva de las mujeres como son «hechos que preliminarmente pueden corresponder a aborto forzado, anticoncepción forzada, acoso sexual e imposición de sanciones por negarse a requerimientos sexuales, violaciones, hechos que son calificados por las víctimas u organizaciones como esclavitud sexual y obligación de entregar a los hijos e hijas a terceras personas con la consecuente imposibilidad de ejercer su maternidad, entre otros»<sup>58</sup>. Este reconocimiento por parte de la JEP de estas manifestaciones en contra de aquel,

---

<sup>56</sup> JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ, *Comunicado 112: La JEP abre macrocaso 11, que investiga la violencia basada en género, incluyendo violencia sexual y reproductiva, y crímenes cometidos por prejuicio*, s. f., consultado el 15 octubre 2024, <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/-la-jep-abre-macrocaso-11-que-investiga-la-violencia-basada-en-genero-incluyendo-violencia-sexual-y-reproductiva-y-crimenes.aspx>.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

aquellas o aquellos considerados “otros” ponen de la manera más cruel las estructuras patriarcales donde solo los “machos” pueden triunfar en el sistema.

Sin embargo, este macrocaso presenta una brillante posibilidad sobre la manera de ejercer la labor judicial: la sala de reconocimiento de la JEP emitió una serie de órdenes, las cuales se encuentran orientadas a «(i) asegurar acompañamiento psicosocial y psicojurídico especializado a las víctimas; (ii) anonimizar la información allegada, en lo relativo a la identidad y localización de las víctimas, cuando los despachos relatores lo consideren necesario para proteger su intimidad y evitar la estigmatización; y (iii) prevenir y mitigar los riesgos específicos de seguridad que pueden afrontar las víctimas de las violencias investigadas en el macrocaso»<sup>59</sup>. Anteriores parámetros tienen como base la presunción de la vulnerabilidad de las víctimas de violencia basada en género, donde por ejemplo, la posibilidad de anonimizar la información referente a ellos protege sus derechos a la intimidad y privacidad, para así evitar que este proceso judicial derive en una revictimización a esta población.

a) Retos y críticas a la apertura del macrocaso 11 de la JEP

La JEP dentro del Auto SRVR n. 05 de 2023, el cual avoca conocimiento y declara abierta la etapa de reconocimiento de verdad y responsabilidad y determinación de hechos de violencia basada en género, violencia sexual, violencia reproductiva, y otros crímenes cometidos por prejuicio basados en la orientación sexual, la expresión y/o identidad de género diversa en el marco del conflicto armado colombiano, resalta que el principal reto es la falta de información en comparación con otros casos. Lo anterior demuestra precisamente el silencio institucional y sistemático frente a las violencias basadas en género, donde, por un parte, no se denuncia por la dificultad de acudir a la justicia debido a las situaciones de revictimización que se ilustraron en los análisis jurisprudenciales señalados en los acápite anteriores, pero donde, a pesar de situaciones donde si se accede a la justicia, la respuesta institucional no logra reparar de manera integral a las víctimas o lograr que puedan acceder al presupuesto más básico de la justicia: acceder a la verdad. Asimismo, este vacío informático pone de presente uno de los puntos del macrocaso 11: la imposición del silencio por parte de los diversos agentes del conflicto armado para mantener en la impunidad esta manifestación patriarcal de la guerra.

No obstante, organizaciones de la sociedad civil como la Red nacional de mujeres quienes realizaron diferentes solicitudes de insistencia de la apertura de un caso de violencia basada en género, han señalado que la información si está disponible y que la tardanza en la apertura del macrocaso por parte de la Sala de Reconocimiento implica la revictimización de las víctimas que han puesto en disposición de la JEP la información de sus casos, junto con pruebas: «Reconocemos que el subregistro es una constante en estos crímenes, pero no es en sí mismo un obstáculo actual para la apertura, en consideración del esfuerzo

---

<sup>59</sup> *Ibidem*.

que han realizado tanto las víctimas como la sociedad civil por documentar y entregar en informes detallados estos hechos a la Jurisdicción desde al menos el 2019»<sup>60</sup>.

A manera de conclusión:

Sorprenden en positivo las sentencias escritas por hombres y mujeres que hablan de patriarcado en Colombia – de forma explícita – y de sus crueldades. Sin duda, esta es una apuesta que va más allá del feminismo liberal, enfoque teórico que ha estado presente en la inserción de los derechos de las mujeres, en la política pública y en el proceso de formación judicial. Y es que despatriarcalizar va más allá de un tema de cuotas y espacios entregados a las mujeres, como siempre, a regañadientes; la despatriarcalización es una apuesta de largo plazo por la eliminación de un sistema que ha permitido la discriminación histórica de ellas. Así las cosas, la discusión va más allá de las herramientas y las reglas para la identificación de casos que ameritan la perspectiva de género y la obligatoriedad de la utilización de los lentes de la igualdad y la equidad a la hora de administrar justicia. Pero, sin una transformación del sistema discriminador, la utilización de lentes violeta en la justicia apenas constituye una medida tenue para paliar una violencia de marras que no promete terminar, más bien empeorar.

Las sentencias escogidas ya hacen gala de estas expresiones y de un enfoque más radical de protección. Identificar todo un sistema opresor y de discriminación facilita la construcción de los lentes de género, pero también la transformación del campo jurídico, que ha sido utilizado para perpetuar por siglos la crueldad y el dolor. Estas decisiones también ponen en evidencia la lucha de las fuerzas feministas en la inclusión de inquietudes tan esenciales como subvertir los roles tradicionales de la mujer dentro de la sociedad. De la misma forma, demuestran la importancia de que entidades como la Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla insistan en una formación judicial con perspectiva de género, lo cual robustece la máxima de la Constitución Política de 1991: una igualdad verdadera entre hombres y mujeres.

No obstante, es fundamental señalar que estas sentencias marcan un hito en el camino hacia la despatriarcalización de justicia, pero la lucha no se agota allí; como se anotó en el análisis de la sentencia C-055 de 2022 que despenalizó el aborto hasta la semana 24, este tipo de decisiones son y serán objeto de pugnas que buscan devolver las cosas al orden del status quo masculino, en el cual las mujeres retornen a ese lugar de ‘lo otro’ o ‘lo inferior’. Sin embargo, esta precisión refuerza la consigna del presente artículo: la despatriarcalización de la justicia en Colombia implica una lucha constante y resultado del esfuerzo en muchos frentes, como se analizó en el artículo. Desde la misma redacción de las normas

---

<sup>60</sup> RED NACIONAL DE MUJERES, *La apertura del macrocaso 11 en la JEP es urgente: la dilación es un acto de discriminación contra mujeres y población LGBTQ*, 8 de marzo de 2023, <https://rednacionaldemujeres.org/documentacion/la-apertura-del-macrocaso-11-en-la-jep-es-urgente-la-dilacion-es-un-acto-de-discriminacion-contra-mujeres-y-poblacion-lgbtq>.

jurídicas es necesaria la inclusión de la perspectiva de género; se debe propender por evitar hablar desde el masculino totalizante del lenguaje y cuestionar este uso del estilo cuando de configuración del mundo del derecho y la justicia se trata. De la misma forma, se debe enfrentar el patriarcado jurídico desde la controversia de paradigmas y estigmas que permean las decisiones judiciales, especialmente aquellas que buscan reproducir y obligar a las mujeres a permanecer en ese espacio en el que fueron relegadas.

Asimismo, la apertura del macrocaso 11 de la JEP presenta una oportunidad para reconocer las manifestaciones más crudas del patriarcado en el marco del conflicto armado, en el cual se evidencia que precisamente en el terreno de la más cruda masculinidad sólo puede triunfar aquello que se erige como el macho, especialmente sobre aquello que en este sistema de valores bélicos debe permanecer como lo subyugado: lo femenino y lo diverso en el género. Esta oportunidad representa en esta dimensión un reto para la Justicia Especial para la Paz: la inclusión de la perspectiva de género dentro de un caso especialmente diseñado para ponerse la gafas violeta y multicolor.

Por otro lado, otra manifestación del arduo camino en la despatriacalización de la administración de justicia se evidencia en quienes ocupan ese lugar de interpretar el derecho. Como se señaló en el acápite correspondiente, aún es larga la travesía para hallar una verdadera paridad en las sillas de poder desde donde se define el derecho. Si bien existen normas que buscan abrir esos espacios, los cuales han permitido romper el “techo de cristal”, no son muchos los nombres de mujeres ocupando las altas cortes, y de los cuales, a su vez, no muchas buscan incluir las inquietudes y necesidades feministas en sus decisiones.

En definitiva, el camino con los lentes violeta desde la Constitución de 1991 en Colombia ha sido arduo y aún encuentra larga distancia por recorrer para afianzar las máximas que este texto político ha buscado respecto del papel de las mujeres en el orden normativo y constitucional que esta Carta política buscaba instaurar: asegurar una igualdad material para las mujeres.

## **LA VALORACIÓN PROCESAL DEL ESTEREOTIPO DE GÉNERO EN LOS CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL<sup>o</sup>**

**Luis Efrén Ríos Vega**

*Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila y  
Profesor de la Academia Interamericana de Derechos Humanos  
de la Universidad de Coahuila*

*El documento analiza la valoración del testimonio de las víctimas de violencia sexual en el marco de un proceso judicial, destacando la importancia de su declaración como prueba principal. Se abordan los estereotipos de género que afectan la credibilidad de las víctimas y cómo estos mitos pueden obstaculizar la impartición de justicia. Se enfatiza la necesidad de un análisis riguroso del testimonio, considerando las dificultades inherentes a estos casos, y se propone una metodología para valorar adecuadamente la prueba en un contexto de violencia de género.*

*Il documento analizza la valutazione delle testimonianze delle vittime di violenza sessuale nel sistema giudiziario, evidenziando l'importanza delle loro dichiarazioni come prova principale. Vengono affrontati gli stereotipi di genere che influenzano la credibilità delle vittime e come questi miti possano ostacolare la giustizia. Si sottolinea la necessità di un'analisi rigorosa delle testimonianze, considerando le difficoltà intrinseche a questi casi, e viene proposta una metodologia per valutare adeguatamente le prove in un contesto di violenza di genere.*

*The document analyzes the assessment of sexual violence victims' testimonies in the judicial system, highlighting the importance of their statements as primary evidence. It addresses gender stereotypes that affect victims' credibility and how these myths can hinder justice. The need for a rigorous analysis of testimonies is emphasized, considering the inherent difficulties in these cases, and a methodology is proposed to adequately evaluate evidence in a context of gender-based violence.*

### **Sumario:**

1. Premisa: la víctima de violencia sexual en el contexto probatorio trágico
2. La preponderancia del testimonio de la víctima
  - 2.1. ¿Crear o dudar?
  - 2.2. ¿Revictimizar?
  - 2.3. ¿Inducción, deducción o abducción del valor preponderante? a) ¿Dudar para creer? b) ¿Confirmar para no errar? c) ¿Conjeturar para confirmar?
3. Conclusiones

---

<sup>o</sup> Ensayo sometido a revisión por pares doble ciego.

## 1. Premisa: la víctima de violencia sexual en el contexto probatorio trágico

Una de las tragedias más graves que puede sufrir una persona es ser víctima de violencia sexual. Aunque cualquier individuo, independientemente de su identidad de género u orientación sexual, puede ser víctima de este crimen, las principales afectadas son las mujeres. En tal sentido, la Organización Panamericana de la Salud ha referido que existe una prevalencia de violación o de coacción sexual mayor en las mujeres que en los hombres<sup>1</sup>.

Desde el punto de vista de la configuración de los tipos penales, el Código Penal Federal define la violencia sexual como acciones de naturaleza sexual cometidas contra una persona sin su consentimiento<sup>2</sup>. Estas acciones pueden incluir la invasión física del cuerpo o actos que no impliquen penetración ni contacto físico, como el acoso verbal, o bien, la violencia sexual puede ser entendida como cualquier acto que degrada o daña el cuerpo y/o la sexualidad de la víctima y que, por tanto, atenta contra su libertad, dignidad e integridad física<sup>3</sup>. Para comprender la gravedad de este delito, resulta fundamental analizar más allá de su tipificación jurídica. La violencia sexual constituye uno de los mayores daños a la intimidad de una persona, además de afectar la integridad física, psíquica y moral, quebranta la dignidad, invade las esferas más íntimas de la vida - el espacio físico y sexual - y priva a la víctima de la capacidad de tomar decisiones sobre su cuerpo de acuerdo con su autonomía<sup>4</sup>.

Es una experiencia profundamente traumática que tiene graves consecuencias y causa daño físico y psicológico significativo que deja a la víctima humillada tanto física como emocionalmente. Esta situación es difícilmente superable con el paso del tiempo, a diferencia de lo que ocurre con otras experiencias traumáticas<sup>5</sup>. Por lo anterior, resulta poco probable que una persona en condiciones normales, sin alteraciones particulares, mienta sobre un daño de esta magnitud en su esfera íntima. Con esto no se pretende decir que no puedan existir los casos en que una persona levante una denuncia falsa, lo cierto es que no hay un registro que avale la incidencia de las denuncias falsas<sup>6</sup>. En relación con este tema, existe una creencia injustificada sobre que las víctimas de violencia sexual realizan denuncias falsas, siendo

---

<sup>1</sup> Véase Organización Mundial de la Salud, *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres: Violencia sexual*, 2013, 4.

<sup>2</sup> Véase Código Penal Federal, apartado sobre Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual.

<sup>3</sup> Véase artículo 6, fracción V de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

<sup>4</sup> Véase alegatos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso *Rosendo Cantú y otras vs. México*, 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216.

<sup>5</sup> Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia Sexual contra niñas y adolescentes*, Núm. 3, 1-3.

<sup>6</sup> En México el INEGI no cuenta con registro estadístico de delitos con condena a hombres o mujeres por denuncias falsas. Véase página oficial del INEGI <https://www.inegi.org.mx>.

esto un estigma sobre las víctimas que dificulta la denuncia de los hechos ante las autoridades, parte de este mito apoya la idea de que las víctimas mienten al denunciar y que por ello no deben ser escuchadas ni los hechos investigados. En contraposición, se tienen datos que respaldan el hecho de que las víctimas de delitos sexuales en México suelen no denunciar, pues el 99.7% de los casos de violencia sexual que sufrieron las mujeres mayores de 18 años, de julio a diciembre de 2021, no fueron denunciados<sup>7</sup>.

Además, las agresiones sexuales son un tipo de delito que las víctimas suelen evitar denunciar debido al estigma social que implica, así como a los altos niveles de impunidad asociados a estos delitos. En tal sentido, el estudio sobre el «*Panorama de la violencia sexual contra las mujeres en México*» que se basa en la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH) 2021, revela que en promedio se cometen 243 violaciones diarias contra mujeres mayores de 18 años. Sin embargo, en 2021, las instituciones encargadas de investigar y perseguir estos delitos registraron solo 21,189 denuncias por violación. Aunque esta cifra es alta, representa un cálculo parcial, ya que se estima que solo se denuncia 1 de cada 10 delitos y no incluye los casos de niñas, niños y adolescentes. No obstante las elevadas cifras, en el castigo de estos delitos prevalece la impunidad, ya que de acuerdo con el Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en el 2021, año en el que se registraron 1.7 millones de delitos sexuales, solo fueron recluidas 10.807 personas a las cárceles del país acusadas de delitos contra la libertad y seguridad sexual, lo que implica que, por cada 157 delitos sexuales cometidos en ese año, sólo una persona pisó la cárcel<sup>8</sup>.

De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH), entre las principales causas que se han detectado de las bajas tasas de denuncias, destacan: i) el desconocimiento por parte de las víctimas de sus derechos y de lo que constituye un acto de violencia sexual; ii) el estigma asociado a esta forma de violencia; iii) el sentimiento de culpa o miedo por parte de la víctima; iv) el hecho que el agresor suele ser un familiar, una persona cercana o alguien con una relación de superioridad con la víctima, lo que se suele traducir en presiones y/o engaños para que no denuncien los hechos; v) la ausencia de servicios de asesoría legal gratuitos, adaptados y accesibles y limitaciones legales para que las víctimas interpongan denuncias; vi) los procedimientos de investigación y justicia no adaptados a los derechos de las víctimas, debilidades en los protocolos de investigación, y ausencia de unidades especializadas en la investigación de estos delitos; vii) el cuestionamiento de la credibilidad del testimonio de las víctimas; y, viii) la

---

<sup>7</sup> Véase México Evalúa, *Reporte Crece la cifra negra de la violencia sexual*, 8 de marzo de 2022.

<sup>8</sup> Véase GILES NAVARRO, *El panorama de la violencia sexual contra las mujeres en México*, Senado de la República, México, 2023, 7.

existencia de creencias o prácticas culturales que respaldan la violencia sexual<sup>9</sup>.

En el proceso penal por el delito de violencia sexual, los más altos estándares de protección de derechos humanos otorgan un valor preponderante al testimonio de las víctimas de estos delitos. Sin embargo, debido a patrones socioculturales discriminatorios, persiste el cuestionamiento sobre la validez de la prevalencia testifical de la víctima en casos de violencia sexual. Por ello, el propósito de este texto es analizar cuál debería ser la postura de la persona juzgadora al resolver controversias de esta naturaleza y determinar los estándares, principios o metodologías aplicables. El punto de partida de esta reflexión reside en cuestionarnos sobre cuál debería ser el papel de la víctima de violencia sexual en el contexto probatorio trágico.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Fernández Ortega vs. México*, al valorar la credibilidad de la víctima bajo criterios sensibles, consideró las diversas circunstancias particulares que la rodeaban. Estas circunstancias reafirmaron que una víctima de violencia sexual que decide denunciar enfrenta un calvario durante el proceso penal para obtener justicia. En ese contexto, la Corte sostuvo lo siguiente:

*«107. Adicionalmente, de las circunstancias propias de la situación de la señora Fernández Ortega, la Corte no encuentra elementos que afecten la credibilidad de sus declaraciones. La presunta víctima es una mujer indígena, que vivía en una zona montañosa aislada, que tuvo que caminar varias horas para interponer una denuncia sobre una violación sexual ante autoridades de salud y ministeriales que no hablaban su idioma y que, probablemente, tendría repercusiones negativas en su medio social y cultural, entre otros, un posible rechazo de su comunidad. Asimismo, denunció y perseveró en su reclamo, sabiendo que en la zona en la que vive continuaba la presencia de militares, algunos de los cuales ella estaba imputando penalmente la comisión de un delito grave».*

De lo anterior se tiene que, debido a la profunda afectación física y psicológica que produce una agresión sexual, al estigma asociado a denunciar, las bajas tasas de denuncia, la impunidad prevalente en estos delitos, los estereotipos aún presentes en las autoridades y lo traumático que puede ser la investigación penal - lo que incluye la necesidad de peritajes médicos, psicológicos y la repetición del relato de los hechos en múltiples ocasiones -, denunciar un delito sexual implica una intromisión significativa en la vida personal de la víctima. Por esto, es poco común en la administración de justicia que existan denuncias falsas por agresiones sexuales.

---

<sup>9</sup> Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia Sexual contra niñas y adolescentes*, Núm 3, 1-3.

## 2. La preponderancia del testimonio de la víctima

Los delitos sexuales son un tipo particular de agresión que, por lo general, se producen en ausencia de otros testigos. Por esta razón, en la mayoría de los casos, el testimonio de la víctima suele ser el único medio de prueba directo disponible. Al otorgarle valor probatorio, los jueces enfrentan diversas cuestiones que deben resolver: ¿qué peso debe otorgarse a dicho testimonio?, ¿es suficiente para acreditar hechos constitutivos de violencia sexual?, ¿es creíble?, ¿basta un solo testimonio para desvirtuar la presunción de inocencia?, ¿cómo debe valorarse de manera razonable la comisión de un delito sexual?

### 2.1. ¿Crear o dudar?

La fórmula de la prevalencia testifical establece que el testimonio de una víctima de un delito sexual adquiere una «*especial relevancia como prueba fundamental del hecho*». En tal sentido, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha establecido una diferenciación sobre el dicho de la víctima respecto de la clasificación de los delitos, pues señala que en la valoración probatoria, el testimonio de la víctima es de mayor importancia, sobre todo en aquellos delitos en que ella misma está presente durante la realización del crimen, lo que la coloca en la situación de poder aportar la mayor información sobre los hechos, sumado a que se le otorga especial relevancia a su testimonio en aquellos crímenes clasificados como “de realización oculta”, sin testigos, o que impliquen violencia sexual. En contraposición, se acentúa la diferenciación en delitos cuya realización ocurre en lugares públicos y transitados, situación que posibilita reunir otros testimonios, en este caso la presunta víctima no es, por sí mismo, acreedor de un valor probatorio especial o destacado que, por defecto, deba asignarse a priori<sup>10</sup>. Es en el primer supuesto, en que resalta la idea de la prevalencia del testimonio de las víctimas de violencia sexual.

Ahora bien, los casos de agresión se caracterizan por su realización oculta y por producirse en ausencia de otras personas, salvo la víctima y el agresor o agresores. Por esta razón, requiere medios de prueba diferentes a los utilizados en otros tipos de conductas, ya que no es razonable esperar la existencia de pruebas documentales o gráficas, como videos o audios. Este razonamiento ha sido sostenido de manera coincidente por la SCJN<sup>11</sup> y la Corte IDH. En particular, la Corte IDH lo ha aplicado en los casos *Fernández Ortega vs. México*

---

<sup>10</sup> Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Testimonio de la víctima. Condiciones para evaluar su veracidad cuando el delito ocurre en contextos que admiten testimonios de corroboración*, en *Semanario Judicial de la Federación*, diciembre de 2023, 229.

<sup>11</sup> Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Delitos sexuales, valor de la declaración de la ofendida tratándose de*, en *Semanario Judicial de la Federación*, 2 de diciembre de 2016, 400.

y *Rosendo Cantú vs. México*, ambos relacionados con delitos de violencia sexual<sup>12</sup>.

Bajo esta doctrina, no existe una razón inicial para que los jueces descarten el testimonio de la víctima, salvo que existan pruebas lícitas, confiables, idóneas y pertinentes que cuestionen su credibilidad. De lo contrario, no considerar el testimonio de la víctima como una prueba fundamental podría generar un impacto diferenciado en su acceso a la justicia. Por lo tanto, en los casos de delitos sexuales, por ser este tipo de ilícitos carentes de otras pruebas directas, al no considerar el dicho de la víctima como prueba fundamental, se puede llegar a la conclusión errónea de falta de pruebas, lo que lleva a un extremo de impunidad e incluso una revictimización secundaria para las víctimas. Conviene destacar el hecho de que una gran parte de los delitos sexuales son descartados por falta de prueba, por parte de las instituciones encargadas de investigar los hechos, constituyendo esto un obstáculo en el acceso a la justicia que repercute en derechos de las víctimas.

Dicho aspecto ha sido observado por la CIDH, pues los problemas en la fase de investigación de estos delitos suelen ser obstáculos, como el énfasis exclusivo en la prueba física y la escasa credibilidad conferida al testimonio de las víctimas; el manejo inadecuado de los elementos probatorios y la utilización de interrogatorios revictimizantes y traumáticos; la subsistencia de presunciones y prejuicios discriminatorios en los operadores jurídicos; y el formalismo exacerbado, es decir, la prevalencia de aspectos formales o técnicos por sobre los aspectos sustanciales<sup>13</sup>.

En particular, hay casos en los que se exigen una serie de rigurosos requisitos para dar valor al testimonio de la víctima, es el caso de una sentencia absolutoria por los delitos de abuso sexual y violación contra una víctima menor de edad, en la cual se consideró que su testimonio no era creíble porque había incurrido en contradicciones en su relato, se dijo que su narración había sido imprecisa, desorganizada y no había seguido una estructuración lógica; también se consideró que la niña había tenido un alto rendimiento escolar y que nunca le había dicho nada a su padre del abuso, pues la menor reveló los hechos ante las autoridades de su institución escolar; por otra parte, se valoró que el dictamen médico señaló que la niña presentaba el desgarramiento del himen de antigua data y que en juicio no se preguntó sobre el inicio de su vida sexual, consideraciones que llevaron a los jueces a determinar que el dicho de la menor no era creíble<sup>14</sup>.

Exigir un estándar probatorio excesivamente riguroso en este tipo de

---

<sup>12</sup> Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Fernández Ortega y otros vs. México*, 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215.

<sup>13</sup> Véase DE LA PAZ HERRERA-PICCO, *Comentario al Informe de la CIDH: Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual*, por Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, 2011, 196.

<sup>14</sup> Véase antecedentes de Corte Suprema De Justicia De Nación, caso *Sanelli, Juan Marcelo s/ abuso sexual*, Argentina, 4 de junio de 2020.

delitos, que implique la incorporación de múltiples pruebas adicionales, puede llevar a que queden impunes, debido a la dificultad inherente para demostrar su comisión, dadas las características particulares ya mencionadas. Otro elemento para considerar es que este tipo de delitos no suelen ser denunciados debido a la vergüenza o al estigma que enfrentan las víctimas, situación que ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú vs. México*<sup>15</sup>.

## 2.2. ¿Revictimizar?

El testimonio de una víctima no debe ser motivo de revictimización. Para evitarlo, se deben considerar los siguientes elementos al valorar el testimonio de una persona que ha sido sometida a un acto de violencia sexual:

«a) Se debe tener en cuenta la naturaleza traumática de los actos de violencia sexual. Debido a ello se debe entender que no debe ser inusual que el recuento de los hechos pueda presentar algunas inconsistencias o variaciones en cada oportunidad que se solicita realizarlo. Por lo tanto, dichas variaciones no podrán constituir fundamento alguno para restar valor probatorio a la declaración de la víctima;

b) Se deben tomar en cuenta algunos elementos subjetivos de la víctima, como su edad, condición social, pertenencia a un grupo vulnerable o históricamente discriminado, entre otros;

c) Se debe analizar la declaración de la víctima en conjunto con otros elementos de convicción, recordando que la misma es la prueba fundamental. Entre esos elementos se pueden encontrar dictámenes médicos, psiquiátricos, testimonios, exámenes médicos, pruebas circunstanciales, indicios y presunciones; y,

e) Las pruebas circunstanciales, indicios y presunciones, deben ser utilizadas como medios de prueba siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos»<sup>16</sup>.

Las posibles inconsistencias en el testimonio de la víctima pueden, en algunos casos, explicarse por las particularidades y circunstancias personales de la víctima, así como por las secuelas psicológicas derivadas del hecho. Esto fue considerado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al valorar las declaraciones de *Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú*.

<sup>15</sup> Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Fernández Ortega y otros vs. México*, 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Rosendo Cantú y otras vs. México*, cit.

<sup>16</sup> Párrafo 63 del ADR. En un sentido similar ver la tesis aislada, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tortura en su vertiente de violación sexual. El análisis probatorio relativo debe realizarse con perspectiva de género*, en *Semanario Judicial de la Federación*, 25 de septiembre de 2015, 238.

### 2.3. ¿Inducción, deducción o abducción del valor preponderante?

En la valoración de la prueba en delitos sexuales, el testimonio de la víctima se convierte en el eje central de la etapa probatoria, ya que, por la naturaleza de este delito - que se caracteriza por su realización oculta y sin la presencia de otras personas - , suele constituir la única prueba de cargo sobre la comisión del hecho y la participación del acusado. Esto genera múltiples dificultades para integrar el caudal probatorio y, si no se realiza una valoración racional, técnica y adecuada, se reduce la probabilidad de alcanzar una decisión justa. Por ello, resulta imprescindible analizar si el testimonio de la víctima puede considerarse prueba fundamental, en tal sentido la SCJN ha señalado que al tratarse de delitos de índole sexual, por su naturaleza, se consuman en ausencia de testigos y que la declaración de la víctima se convierte en prueba fundamental siempre que sea verosímil, se corrobore con cualquier otro indicio y no existan otros que le resten credibilidad, atento a los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia, que sin constituir cada uno de ellos un requisito o exigencia necesario para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, objetiva y de la persistencia en la incriminación<sup>17</sup>.

a) ¿Dudar para creer?

Se han desarrollado diversas teorías para otorgar mayor o menor valor al testimonio único de una víctima de violencia sexual. La teoría feminista señala que el derecho, como una construcción social realizada predominantemente por hombres, está inevitablemente influido por sesgos androcéntricos y heteropatriarcales, incluso cuando pretende ser neutral. Desde esta perspectiva, uno de los objetivos de la incorporación de la perspectiva de género en el derecho es desmantelar esta aparente neutralidad y utilizarla como herramienta para reconocer que analizar la realidad desde un enfoque neutro puede perpetuar y consolidar la discriminación contra las mujeres en contextos de desigualdad. Estos sesgos se manifiestan - de manera consciente o inconsciente - tanto al interpretar las normas como al valorar las pruebas, lo que afecta la aplicación de la ley<sup>18</sup>.

En tal sentido, la perspectiva de género es una herramienta jurídica que se introdujo en la administración de justicia y se ha convertido en una obligación constitucional indispensable en el sistema de justicia, apoyada de instrumentos internacionales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Si bien no la define, las recomendaciones generales de su Comité incorporan cuestiones que en la

---

<sup>17</sup> Tribunales Colegiados de Circuito, *Delitos sexuales (violación)*. Al consumarse generalmente en ausencia de testigos, la declaración de la ofendida o víctima de este ilícito constituye una prueba fundamental, siempre que sea verosímil, se corrobore con otro indicio y no existan otros que le resten credibilidad, atento a los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia, en *Semanario Judicial de la Federación*, 1728.

<sup>18</sup> Véase ARAYA NOVOA, *Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal*, en *Revista de estudios de la justicia*, Núm. 32, 2020.

actualidad se entienden inmersas en el concepto, específicamente la recomendación 33 en la que se aborda el tema de acceso a la justicia de las mujeres, en la cual el comité reconoce que existen obstáculos para que las mujeres ejerzan ese derecho en igualdad de condiciones frente a los hombres, tales como la persistencia de estereotipos, leyes discriminatorias, normas culturales patriarcales, situaciones de discriminación interseccional, problemas en materia probatoria, entre otros<sup>19</sup>.

Partiendo de estos postulados, la teoría feminista ha impulsado diversos movimientos, como *Me Too* y *Hermana, yo te creo*, entre otros, que buscan incorporar en el proceso penal técnicas jurídicas orientadas a eliminar las asimetrías y lograr la igualdad sustancial entre hombres y mujeres. Uno de los principios que defienden es que el punto de partida del juez, al realizar su valoración racional, debe ser creer en el testimonio de la víctima. Argumentan que no se puede partir de la presunción de que la víctima miente, sino que debe presumirse que dice la verdad, como principio de buena fe<sup>20</sup>.

Al margen de estas u otras teorías, lo que define si el juez le otorga credibilidad al testimonio de la víctima son tres aspectos fundamentales: la credibilidad de la víctima, el contenido de su testimonio y su corroboración en el ámbito fáctico. Sin embargo, para lograr una valoración adecuada, es imprescindible reconocer la existencia de sesgos discriminatorios que predominan en el ámbito social y que pueden influir en la labor jurisdiccional. Por ello, antes de valorar el testimonio, el juez debe identificar y erradicar las desigualdades percibidas para equilibrar el proceso. Esto implica apegarse rigurosamente a la garantía del juez imparcial, escuchar a la víctima sin prejuicios, arquetipos, estereotipos ni preconcepciones. Asimismo, la SCJN ha señalado que los lineamientos del protocolo para juzgar con perspectiva de género son herramientas interpretativas que permiten la funcionalidad del catálogo constitucional de derechos humanos, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia, conforme al principio pro persona, siendo estos criterios necesarios para resolver casos de personas en condiciones de vulnerabilidad<sup>21</sup>, como lo son las mujeres víctimas de violencia sexual.

En un primer momento, el juez debe contextualizar el caso. Aunque la contextualización no constituye una prueba directa, proporciona datos objetivos sobre la realidad sociocultural que deben ser considerados. Teniendo en cuenta que el análisis de contexto implica la consideración detallada de diversos factores, abarcando aspectos sociales, económicos, culturales y de género, entre otros, se convierte en una herramienta de trascendental importancia para garantizar un

---

<sup>19</sup> Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, 2020, 97.

<sup>20</sup> Véase artículo 5, principio de buena fe, de la Ley General de Víctimas.

<sup>21</sup> Véase tesis Tribunales Colegiados de Circuito, *Protocolos para juzgar con perspectiva de género y de discapacidad emitidos por la suprema corte de justicia de la nación. Son reglas mínimas que deben aplicar las personas juzgadoras*, en *Semanario Judicial de la Federación*, 16 de agosto de 2024, 552.

acceso pleno y efectivo a la justicia<sup>22</sup>. Por ejemplo, considerando que la alerta de violencia de género se emite cuando existe un contexto de violencia contra las mujeres<sup>23</sup>, si el delito se comete en una entidad federativa con alerta por violencia de género, altas tasas de criminalidad asociadas a este tipo de delitos o índices preocupantes de impunidad, estos factores pueden servir como una pauta inicial que oriente al juez en la valoración de las particularidades de cada caso concreto.

La Corte IDH así lo ha hecho, por ejemplo, en el caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, al analizar la situación de discriminación y violencia basada en el género y que aunque los motivos y los perpetradores de los homicidios contra las mujeres son diversos, éstos “están influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer basada en una concepción errónea de su inferioridad”<sup>24</sup>. Asimismo, se determinó que los estereotipos de género influyen en la constante discriminación hacia las mujeres, pues se encuentran arraigados en el entramado social y en las prácticas judiciales, lo que ocasiona un incremento en la violencia y la impunidad<sup>25</sup>.

Cuando la cultura de discriminación y violencia contra la mujer llega al ámbito de la justicia, se reproduce y se agrava. Se reproduce porque los mismos estereotipos presentes en la sociedad se reflejan en el razonamiento y el lenguaje judicial. Se agrava porque, al repetir estos estereotipos, el mensaje que se envía es de validación e impunidad. En este contexto, si el testimonio de la víctima no se considera como un elemento fundamental, el juez perpetúa estereotipos que han sido objeto de esfuerzos por erradicar. Entre ellos, la creencia de que las víctimas de violencia sexual carecen de credibilidad, que mienten en este tipo de delitos, y que siempre hay una palabra más fiable que la de la víctima. Verbigracia, en el caso *González y otras contra México*, la Corte IDH condenó el hecho de que prevalecieran estereotipos de género en las investigaciones iniciadas por los feminicidios en Ciudad Juárez, hechos que incidieron de forma negativa.

Marcela Araya, señala que el *Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer* identifica los siguientes estereotipos de género que deben ser erradicados en los casos de violación: i) la víctima debía haber recurrido a toda su fuerza y su valor para resistirse a la violación y le privó de credibilidad el no haber tratado de escapar; ii) para ser violada con intimidación la víctima debe ser tímida o atemorizarse fácilmente; iii) cuando la víctima y el agresor se conocen, el acto

---

<sup>22</sup> Véase GÓMEZ CUEVAS-VILLANUEVA LOMELÍ, *Acceso a la justicia en México: impacto del análisis de contexto como herramienta integral de justicia*, en *Revista Jurídica Jalisciense*, 2024, 139.

<sup>23</sup> Véase artículo 24 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

<sup>24</sup> Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *González y otras (“Campo Algodonero”) Vs México*, 16 de noviembre de 2009, pág. 132.

<sup>25</sup> Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El deber de juzgar con perspectiva de género exige que en los casos de violencia sexual, se de un valor preponderante a la declaración de la víctima*, 15 de noviembre de 2017.

sexual es consentido; iv) no puede haber oposición a la violación si el acusado logra eyacular<sup>26</sup>.

Otro estereotipo recurrente es evaluar el estándar del consentimiento desde una perspectiva masculina y dentro de un contexto cultural donde un “no” puede interpretarse como un “sí”, o asumir que, tras un “sí” inicial, la mujer no puede posteriormente negarse al acto sexual. Julieta Di Corleto explica que detrás de la figura de la “violación real” despunta un entramado complejo de creencias, una de ellas, es que sólo un desconocido puede perpetrar la violación, por lo que parece imposible que la pareja o expareja de una mujer cometa una agresión sexual. La autora señala que de esta presunción se deriva que, si una mujer dijo “sí” en una oportunidad, su asentimiento habilita cualquier otro encuentro sexual. Cuestión que contiene como principal concepto el consentimiento<sup>27</sup>.

A esto se suma la tendencia de asociar el comportamiento sexual previo de la víctima con los estereotipos de la “mujer ideal”, “decente” o “buena mujer”, lo que criminaliza a aquellas que no encajan en estas categorías. En el ámbito judicial se puede ejemplificar a través del caso de una mujer que denunció hechos que constituían delito de violación, en el cual no se demostró la imposición de la cópula, pese a tener diversas lesiones que se identificaron, entre otras cosas, porque el dictamen médico señaló que la mujer manifestó ser sexo servidora y debido a su labor de comercio sexual no se podía concluir que las lesiones fueran atribuidas al hecho delictivo<sup>28</sup>.

Asimismo, persiste la idea de que en las violaciones debe haber extrema violencia física, como moretones u otras lesiones visibles. Di Corleto explica que otra especulación mayormente extendida en la organización social sostiene que sólo hay violación cuando la mujer resulta lesionada, lo cual implica que el agresor debía haber ejercido fuerza y la víctima opuesto resistencia. En tal esquema, no hay violación cuando sólo existen amenazas o alguna otra forma de coerción. Sin embargo, la realidad es que el consentimiento puede ser coaccionado de múltiples maneras, como amenazas, violencia moral o el estado de parálisis que la víctima puede experimentar ante la agresión. La ausencia de violencia física no implica que no haya habido violación; si existe, será un elemento más a valorar, pero su ausencia no puede ser determinante. En otra ejemplificación, este estereotipo se hizo presente en un caso donde una adolescente denunció hechos de violación, en principio la víctima declaró que al momento de la imposición de la cópula se quedaba paralizada, pero el dictamen médico ofrecido por la defensa señaló que no había evidencia de violación porque la víctima era núbil, realizando una declaración preocupante sobre el constructo

---

<sup>26</sup> ARAYA NOVOA, *Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal*, en *Revista de estudios de la justicia*, 2020, 47.

<sup>27</sup> DI CORLETO, *Cultura de la violación y razonamiento judicial. Los estereotipos sexuales en la jurisprudencia de las altas cortes de la región*, en F. ARENA (coord.), *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia*, México, 2022.

<sup>28</sup> RÍOS VEGA, *Voto particular recurrente del recurso de apelación 31/2021-T*.

social de la virginidad y la evidencia de violencia física, ya que el perito médico dijo que “cuando una mujer es señorita, que todavía es virgen las lesiones van a ser más importantes en el exterior, en relación con la persona que ya no es virgen, pues está ya no opone tanta resistencia y las lesiones básicamente están en el área genital”

Es deber de la persona juzgadora estar atento a estas señales de alerta, ya que solo eliminando estas asimetrías se pueden generar las condiciones adecuadas para que la víctima rinda su testimonio de manera libre y efectiva. Esto permite a la persona juzgadora realizar una apreciación imparcial y valorar racionalmente tanto la declaración como su corroboración, evitando restarle credibilidad al testimonio de la víctima por estereotipos discriminatorios.

Ahora bien, en materia de prueba, al valorar racionalmente el testimonio, se requieren dos juicios de valor. En primer lugar, debe verificarse la credibilidad del testigo, lo que implica evaluar si realmente conoce el hecho y si no existen errores de percepción, memoria, recuperación o intenciones de obtener algún beneficio. De acuerdo con el autor Antonio L. Manzanero, la credibilidad puede ser definida como valoración subjetiva de la exactitud estimada de las declaraciones de un testigo<sup>29</sup>. En consecuencia, es necesario tener en cuenta que la capacidad de los testigos se ve influida por numerosos factores a la hora de describir con exactitud un hecho previamente presenciado. En segundo lugar, se califica la calidad del contenido de la información proporcionada, es decir, su adherencia a la realidad empírica, evaluando si es coherente, lógica, no contradictoria, detallada, objetiva, imparcial y verosímil. En esta parte, cabe resaltar que es precisamente la credibilidad del testimonio, la correspondencia entre lo que ha ocurrido y lo que relata el testigo, mientras que la exactitud del testimonio implica la correspondencia entre lo que pasó y lo que la memoria interpretó. Esta valoración racional debe realizarse de manera integral, al considerar todos los elementos que conforman el acervo probatorio, sin separar los dos juicios de manera aislada. En consecuencia, la decisión del juez sobre la veracidad del testimonio dependerá del resultado de esta valoración, es decir, de la credibilidad del testigo, la calidad del contenido de su testimonio y su corroboración

b) ¿Confirmar para no errar?

Una vez calificado el testimonio, otra parte esencial de la valoración racional es su corroboración. En principio, el testimonio de la víctima, por sí solo, no es suficiente para determinar la culpabilidad de una persona, ya que entra en juego un principio fundamental del proceso penal: la presunción de inocencia<sup>30</sup>. El estándar de valoración preponderante no puede contravenir

---

<sup>29</sup> MANZANERO, *Psicología del Testimonio: Una aplicación de los estudios sobre la memoria*, Madrid, 2008, 179.

<sup>30</sup> Contendido en el artículo 20, apartado B, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

este principio<sup>31</sup>. En el modelo jurídico mexicano, que opera bajo un sistema de libre valoración de la prueba, cada elemento de juicio debe ser valorado tanto de manera individual como en su conjunto; además que se debe de considerar el apoyo que aporta a las hipótesis en conflicto. La labor del juez consiste en determinar razonablemente si el testimonio constituye una prueba suficiente, si es creíble, si es necesario exigir pruebas adicionales y, finalmente, analizar el grado de corroboración del testimonio mediante elementos externos del ámbito fáctico.

En este tipo de delitos, debido a su naturaleza oculta, se reduce el universo de pruebas que pueden ser aportadas y admitidas como parte del conjunto de elementos de juicio que apoyen la hipótesis del caso. Sin embargo, el órgano investigador puede auxiliarse de diversos medios de prueba, como peritajes médicos, ginecológicos, psicológicos, psiquiátricos o criminalísticos de campo, entre otros, que refuercen la credibilidad del testimonio y aporten valor de corroboración. El testimonio de una víctima de violencia sexual debe considerarse una prueba esencial, pero únicamente cuando sea verosímil, esté corroborado por otros medios de prueba y no existan elementos que le resten credibilidad. Su valoración debe atender a parámetros de lógica, ciencia y experiencia, los cuales, si bien no constituyen requisitos absolutos para la validez del testimonio, coadyuvan a su análisis en términos de credibilidad subjetiva, objetiva y de persistencia en la incriminación<sup>32</sup>.

El sentenciado también tiene la posibilidad de desacreditar el testimonio de la víctima o demostrar, dentro de su teoría del caso, por qué este podría no ser veraz. El derecho a probar un hecho implica que las partes tienen la facultad de presentar todos los medios de prueba relevantes y admisibles para respaldar su versión de los hechos en litigio<sup>33</sup>. Por tanto, la carga de la prueba no recae exclusivamente en la víctima. Cuando existan pruebas de descargo, estas deben ser confrontadas con las pruebas de cargo para determinar si se acredita la existencia del delito y la responsabilidad penal del inculpado. De lo contrario, se colocaría al inculpado en un estado de indefensión. Así, el testimonio de la víctima, por sí solo, no es suficiente para derrotar la presunción de inocencia. Requiere ser corroborado con pruebas que respalden las circunstancias fácticas narradas, que sean esenciales para configurar el delito y acreditar la participación del acusado. Además, estas pruebas deben

---

<sup>31</sup> Principio contenido en el artículo 359 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual señala: «El Tribunal de enjuiciamiento valorará la prueba de manera libre y lógica, deberá hacer referencia en la motivación que realice, de todas las pruebas desahogadas, incluso de aquellas que se hayan desestimado, indicando las razones que se tuvieron para hacerlo. La motivación permitirá la expresión del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones contenidas en la resolución jurisdiccional. Sólo se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable. En caso de duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento absolverá al imputado».

<sup>32</sup> Véase Suprema Corte de Justicia De La Nación, *Delitos sexuales, valor de la declaración de la ofendida tratándose de*, cit., 400.

<sup>33</sup> Contenido en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ser confrontadas con las pruebas de descargo para minimizar el riesgo de error. Un ejemplo de confrontación de pruebas, es aquel caso donde se pretende desacreditar el dicho de una menor que acusó hechos de violación con la versión del acusado de que padece disfunción eréctil, sin embargo, en este caso, el dicho de la menor logró dar detalles de difícil conocimiento sobre las partes íntimas del acusado, lo cual, entre otros datos, le dio veracidad a su dicho<sup>34</sup>.

c) ¿Conjeturar para confirmar?

Una vez verificada la credibilidad del testimonio, la calidad de su contenido y su corroboración con otros medios de prueba, el juez debe adoptar una decisión sobre los hechos probados. Para ello, es necesario realizar un análisis de hipótesis del testimonio para evaluar su verosimilitud. Este procedimiento permite confirmar el testimonio al contrastarlo con las hipótesis planteadas y determinar en qué medida se sostiene frente a los elementos probatorios disponibles.

En otras palabras, el juez debe decidir si la hipótesis planteada por la víctima puede ser declarada probada con el grado de confirmación disponible. Es importante recordar que, en materia penal, el estándar de prueba aplicable exige que la hipótesis esté confirmada “más allá de toda duda razonable”, así puede justificarse la mayor exigencia probatoria en los casos penales<sup>35</sup>. La evaluación de las distintas hipótesis plausibles, ya sean las imaginables o las efectivamente planteadas por las partes en el juicio, junto con las predicciones que estas permiten formular, y la verificación del cumplimiento o incumplimiento de dichas predicciones, permite al juez determinar la probabilidad de que una hipótesis sea verdadera con base en los elementos de juicio disponibles<sup>36</sup>.

En los delitos cometidos contra las mujeres por razón de género, este tercer momento del *iter* valorativo racional adquiere especial relevancia, ya que es el punto en el que se decide si, con la prueba presentada - considerando las dificultades probatorias inherentes a estos casos -, puede entenderse derrotada la presunción de inocencia. En otras palabras, si es posible dictar una sentencia condenatoria contra el agresor<sup>37</sup>. Con lo expuesto, se presenta una metodología basada en casos prácticos para evaluar de manera racional, libre y lógica del estándar del valor preponderante del testimonio de la víctima de violencia sexual, lo que permite extraer las siguientes conclusiones.

---

<sup>34</sup> RÍOS VEGA, *Voto particular dentro del Toca Penal número 13/2020-O*, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila de Zaragoza.

<sup>35</sup> FERRER BELTRAN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007, 47-48.

<sup>36</sup> ARAYA NOVOA, *Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal*, cit., 47.

<sup>37</sup> ARAYA NOVOA, *Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal*, cit., 47.

### 3. Conclusiones

En un contexto actual de violencia contra mujeres, en donde los sistemas de justicia estigmatizan a las víctimas desde la investigación de los hechos, cuestionando su credibilidad y arraigando creencias culturales que perpetúan la violencia sexual contra las mujeres, es válido que las personas juzgadoras utilicen herramientas que permitan la identificación de estereotipos en la valoración de las pruebas de casos sobre delitos sexuales. Esta práctica debe situar el dicho de la persona que resistió el daño como la prueba principal en el proceso, que no obstante en muchos de los casos, suele ser el único medio de prueba directo disponible.

Hay que considerar que la naturaleza traumática de los hechos es un punto de partida esencial, ya que en relación con el testimonio que la víctima rinda, se debe estimar que el recuento de los hechos pueda presentar algunas inconsistencias o variaciones, entonces, el juzgador no podrá restarle valor probatorio al dicho de la víctima bajo esta consideración; también es esencial tomar en cuenta características de la víctima como su edad, condición social, pertenecía a un grupo vulnerable o históricamente discriminado, así como cualquier otra característica que pueda tener un impacto diferenciado de forma negativa; se debe analizar la declaración de la víctima en conjunto con otros elementos de prueba, siempre considerando su dicho como fundamental.

Conforme con la jurisprudencia actual, en los delitos sexuales es válido dar al testimonio de la víctima un valor prevalente, siempre y cuando se valore de forma racional, considerando que estos delitos se cometen de forma oculta sin otros testigos que presencien los hechos salvo las víctimas y sus agresores. Así, el juzgador debe tomar en cuenta la credibilidad de la víctima, el contenido de su testimonio y su corroboración en el ámbito fáctico, suprimiendo cualquier clase de estereotipo que constituyan creencias injustificadas. El dicho de la víctima es suficiente para iniciar una investigación sobre hechos que constituyan violencia sexual, mas no es suficiente por sí solo para acreditar un delito, siempre debe estar corroborado con otras pruebas o indicios. Con la particularidad que se ha resaltado, a través de este texto, de otorgarle un valor preponderante, como pauta fundamental para la reconstrucción de los hechos y el descubrimiento de la verdad.

La consideración de las herramientas que permitan a los juzgadores valorar las pruebas con criterios objetivos puede representar un avance significativo en el acceso a la justicia para las víctimas de violencia sexual, siempre que se utilicen de manera adecuada. Es fundamental que quienes imparten justicia y enfrentan la compleja tarea de encontrar la “verdad” mediante la reconstrucción de los hechos sean conscientes de que, en muchas ocasiones, se emplean patrones de valoración que pueden influir en sus decisiones, ya sea de forma consciente o inconsciente. Como se ha señalado, en torno a los delitos sexuales existen diversas formas de estereotipos que se transmiten de forma constante a los sistemas de justicia, en todas las fases procesales, desde la investigación hasta la sanción de los delitos. La

prevalencia de estos estereotipos representa un retroceso para los derechos de las mujeres víctimas, debido a que erróneamente se cree que las víctimas de violencia sexual mienten al denunciar; que en las víctimas de violencia sexual siempre debe haber rastros de violencia física o que las víctimas deben encajar en el estereotipo de la “buena mujer” de lo contrario no habría delito.

En los casos de delitos sexuales, que suelen ocurrir en contextos de realización oculta, la prueba principal, generalmente, será el testimonio de la propia víctima. Esta dinámica en la que se presentan los hechos necesariamente implica que la víctima declare. Convirtiéndose su declaración en la prueba principal en el proceso, en tal sentido surge la necesidad de otorgarle un valor preponderante, en la medida en que cumpla con ser verosímil, se corrobore con otro medio de prueba o indicio, y no existan datos que le resten credibilidad. Es razonable, otorgarle dicho valor, ya que es la única prueba directa que puede brindar información sobre cómo ocurrieron los hechos y en tal entendido no puede ser descartada, pues es a través de su testimonio que se puede obtener el punto de partida para obtener una reconstrucción de los hechos. Se trata de una clase de testimonio especial, que, por una parte, es testigo, pero a la vez es la víctima en el proceso, y como se ha dicho anteriormente, por la naturaleza y dinámica en los delitos sexuales, la víctima es la única persona idónea y necesaria para dar una pauta sobre los hechos.

Las víctimas tienen derecho de acceso a la justicia y a ofrecer pruebas. Actualmente, la tendencia en los sistemas de justicia es garantizar la participación de la víctima en el proceso penal. Sin embargo, históricamente, las víctimas han ocupado un lugar relegado en los procedimientos judiciales, especialmente en materia penal, donde los derechos de las partes no siempre han sido equilibrados. Dar a la víctima la garantía de ser escuchada bajo el principio de buena fe y valorando su testimonio de manera razonable es un avance significativo para combatir la violencia contra las mujeres.

## **ALTRI SAGGI**



## ORIGINALITÀ E PROVA DELL'ESISTENZA DEL SOFTWARE AI FINI *PATENT BOX*<sup>°</sup>

**Federico Di Silvestre**

*Dottorando di ricerca in Law and Social Change  
Università Roma Tre*

*Il Patent Box concede vantaggiosi risparmi fiscali alle imprese che investono in attività di sviluppo software. Tuttavia, l'applicazione in concreto di tale regime può comportare problematiche giuridiche di natura sia sostanziale che probatoria. Una prima questione concerne la corretta definizione della categoria "software protetto da diritto d'autore". Inoltre, ulteriori dubbi riguardano i mezzi di prova utilizzabili per dimostrare all'Agenzia delle entrate la titolarità e l'esistenza dei software nei periodi fiscali di riferimento.*

*Patent Box grants advantageous tax savings to companies that invest in software development. However, the concrete application of this regime can lead to both substantive and evidentiary legal issues. A first question regards the correct definition of the category "software protected by copyright". In addition, further doubts concern the evidence that can be used to demonstrate to the Revenue Agency the ownership and existence of the software in the relevant tax periods.*

### **Sommario:**

1. Il regime fiscale *Patent Box*
2. Maggiorazione dei costi di ricerca e sviluppo relativi ai software
3. Il requisito dell'originalità
4. La prova dell'esistenza del software
5. Problematiche operative derivanti dalla registrazione di un software presso la SIAE
6. La valenza probatoria della procedura di *hashing* corredata da firma digitale qualificata
7. Conclusioni

---

<sup>°</sup> Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

## 1. Il regime fiscale *Patent Box*

L'innovazione è un fattore trainante per lo sviluppo tecnologico ed economico degli Stati.<sup>1</sup>

A livello europeo, la sua importanza è sancita dall'art. 179 del TFUE, ai sensi del quale l'Unione si è prefissata l'obiettivo di fornire un maggiore slancio alle attività di ricerca e sviluppo, al fine di rafforzare la propria competitività e quella della sua industria.<sup>2</sup> Anche la Costituzione italiana le accorda una forma espressa di tutela, stabilendo, all'art. 9, che «*la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica*».<sup>3</sup>

Una delle strategie maggiormente utilizzate dal legislatore per dare incentivo all'innovazione è la predisposizione di apposite agevolazioni tributarie. A questa categoria appartiene il nuovo *Patent Box*, un regime agevolativo opzionale che consente, al soggetto titolare del diritto allo sfruttamento economico di alcune specifiche tipologie di beni immateriali impiegati nelle attività d'impresa, una deduzione fiscale maggiorata delle spese sostenute nello svolgimento di attività di ricerca e sviluppo riferibili a tali beni.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Cfr. GRAETZ - DOUD, *Technological innovation, international competition, and the challenges of international income taxation*, in *Columbia Law Review*, 2013, 348-352; CLARKE, *Concorrenza fiscale e patent box: il caso italiano*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2021, 486. Si veda anche quanto elaborato dall'OCSE e da Eurostat nel c.d. Manuale di Oslo, dove l'innovazione viene considerata come lo sforzo messo in atto dalle imprese per creare e sviluppare beni e processi produttivi nuovi o migliorati.

<sup>2</sup> Cfr. art. 179 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). Si veda anche il programma pluriennale per la ricerca e l'innovazione dell'UE Orizzonte 2020 (H2020), ideato per favorire lo sviluppo dell'innovazione all'interno dell'Unione e per attrarre investimenti.

<sup>3</sup> Tale previsione costituisce, secondo la dottrina, una norma costituzionale di contenuto programmatico, ricevendo un'effettiva portata giuridica attraverso l'attuazione della stessa da parte del legislatore ordinario. Cfr. BORIA, *La ricerca e l'innovazione industriale come fattori di una fiscalità agevolata*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2017, 1869 ss.

<sup>4</sup> Questo regime tributario, già presente in altri Stati dell'Unione europea, è entrato a far parte dell'ordinamento giuridico italiano nel dicembre 2014. Per un approfondimento sull'introduzione del *Patent Box* in Italia si vedano CASATI, *Patent box: i metodi ed i criteri di calcolo del reddito agevolabile nel caso di uso diretto dei beni immateriali*, in *Il Diritto industriale*, 2016, 556 ss; GREGGI, voce *Patent Box (diritto tributario)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Commerciale*, Milano, 2017, 284 ss; NECCHI, *Il regime di tassazione agevolata dei redditi derivanti dallo sfruttamento della proprietà intellettuale (c.d. "Patent Box")*, in *Rivista del Diritto industriale*, 2017, 92 ss. L'originale versione del *Patent Box* è stata poi oggetto di revisione da parte del "Decreto Fiscale" (art. 6 del d.l. n. 146/2021) e dalla "Legge di Bilancio 2022" (l. n. 234 del 30 dicembre 2021), che ne hanno comportato la trasformazione da un regime di parziale detassazione del reddito di impresa ad un regime di deducibilità fiscale maggiorata dei costi di ricerca e sviluppo riferibili a determinate tipologie di beni immateriali. Con il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate, protocollo n. 48243/2022 del 15 febbraio 2022, emanato ai sensi dell'art. 6 del d.l. n. 146/21, sono state adottate le disposizioni attuative di tale norma. Infine, con la Circolare dell'Agenzia delle entrate N.5/E del 24 febbraio 2023, sono stati forniti ulteriori chiarimenti relativi all'applicazione del regime *Patent Box*. Per maggiori dettagli sul nuovo *Patent Box* si vedano AVOLIO - BELLINI, *Per il nuovo Patent Box focus sull'investitore negli oneri documentali per l'assunzione dei rischi*, in *Il fisco*, 2023, 2687 ss; AVOLIO, *Il*

Il rationale alla base di questo intervento legislativo è quello di scongiurare la delocalizzazione all'estero dei beni intangibili (con le conseguenti perdite di gettito che ne deriverebbero) e attrarre nuova ricchezza attraverso la messa a punto di un regime impositivo agevolato.<sup>5</sup> Il legislatore si pone quindi l'obiettivo di promuovere l'innovazione industriale delle imprese italiane, in modo da accrescere la competitività del sistema produttivo nazionale.<sup>6</sup>

## 2. Maggiorazione dei costi di ricerca e sviluppo relativi a software

Tra i beni immateriali agevolabili ai sensi del regime *Patent Box* figurano i software protetti da diritto d'autore.<sup>7</sup>

Nell'ordinamento italiano, l'annovero del software tra le opere tutelate dal diritto d'autore è stato attuato dal Decreto legislativo 29 dicembre 1992, n. 518, che, in attuazione della Direttiva del Consiglio 14 maggio 1991, n. 91/250/CEE, ha equiparato il programma per elaboratore alle opere letterarie.<sup>8</sup>

La Legge 22 aprile 1991, n. 633 (c.d. Legge sul diritto d'autore) prevede che i software rientrano tra le opere protette dal diritto d'autore purché gli stessi siano «*originali e quale risultato di creazione intellettuale dell'autore*».<sup>9</sup> Il diritto d'autore

---

*nuovo Patent Box trova le istruzioni definitive dell'Agenzia delle entrate, in Il fisco, 2023, 1006 ss.*

<sup>5</sup> ARGINELLI - PEDACCINI, *Prime riflessioni sul regime italiano di patent box in chiave comparata ed alla luce dei lavori dell'Ocse in materia di contrasto alle pratiche fiscali dannose*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2014, 60-62. Il legislatore prende atto del fatto che le agevolazioni fiscali derivanti dal regime *Patent Box* possono dare luogo a fenomeni di concorrenza fiscale dannosa. Tuttavia, tali misure sono accettate in ambito OCSE, purché siano garantiti determinati requisiti sostanziali posti a tutela delle basi imponibili nazionali. Per maggiori dettagli, si veda la Circolare dell'Agenzia delle entrate N.5/E del 24 febbraio 2023, par. 2.

<sup>6</sup> BORIA, *La ricerca e l'innovazione industriale come fattori di una fiscalità agevolata*, cit., 1869 ss. In questo senso si esprime anche la Relazione illustrativa al disegno di legge di stabilità 2015, dove si attribuisce al regime *Patent Box* l'obiettivo di favorire l'investimento in attività di ricerca e sviluppo, tutelando allo stesso tempo la base imponibile italiana.

<sup>7</sup> Letteralmente, il legislatore fa riferimento al "software protetto da *copyright*". Tuttavia, il riferimento al *copyright*, termine anglosassone di pressoché sconosciuto all'ordinamento italiano, va inteso come rimando alla disciplina del diritto d'autore. Si veda in questo senso BERTONE, *Il patent box nei chiarimenti dell'Agenzia delle entrate*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016, 1241 ss. In relazione, invece, alla definizione di "software" secondo la giurisprudenza di merito, questo può essere definito come «*l'espressione di un insieme organizzato e strutturato di istruzioni (o simboli) contenuti in qualsiasi forma o supporto, capace direttamente o indirettamente di fare eseguire o far ottenere una funzione, un compito o un risultato particolare per mezzo di un sistema di elaborazione elettronica dell'informazione*». Cfr. Trib. di Bologna, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 17 gennaio 2006.

<sup>8</sup> Cfr. l. 22 aprile 1991, n. 633, art. 1. Per un approfondimento in merito al rationale di tale normativa cfr. SGANGA, *La nozione di opera protetta nel diritto d'autore europeo tra Armonizzazione silente e silenzi controversi*, in *Rivista di Diritto industriale*, 2020, 184; FRANCESCHELLI, *La Direttiva CEE sulla tutela del software: trionfo e snaturamento del diritto d'autore*, in *Rivista del Diritto industriale*, 1991, 169 ss.; ZENO-ZENCOVICH, *L'apprendista stregone: il legislatore comunitario e la proposta di direttiva sui programmi per l'elaboratore*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1990, 77 ss.

<sup>9</sup> La letteratura in merito alla tutela del software tramite diritto d'autore risulta piuttosto ampia.

tutela anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso. Non sono invece oggetto di protezione tramite diritto d'autore le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un software, compresi quelli relativi alle sue interfacce.<sup>10</sup>

La corretta perimetrazione di ciò che rientra nell'ambito della protezione tramite diritto d'autore e di ciò che invece ne resta al di fuori è poi completata dalla giurisprudenza. Precisa, infatti, il giudice di merito che trovano protezione sia il codice sorgente, ossia l'insieme dei comandi predisposti dall'autore in linguaggio di programmazione, sia il codice oggetto, costituito dalla traduzione del codice sorgente nel linguaggio macchina.<sup>11</sup> Non ricevono invece tutela autoriale il fine che il software si propone di raggiungere, gli algoritmi matematici che implementano le funzioni che il programma deve compiere e la *flowchart* che descrive ad un livello di dettaglio le modalità con cui le diverse parti del programma interagiscono tra loro.<sup>12</sup> Ad essere tutelata, infatti, è la rappresentazione formale del software, la quale costituisce la produzione dell'attività intellettuale del programmatore e si estrinseca nella scrittura tramite codice sorgente della sequenza di comandi che un dato elaboratore deve eseguire. Restano invece esclusi dal perimetro della protezione i principi logici e gli algoritmi su cui si basa tale software, in quanto il diritto d'autore tutela la forma espressiva dell'opera e non le idee e le formule matematiche in essa contenute.<sup>13</sup>

---

Tra i vari contributi, cfr. AA. VV., *Diritto industriale e diritto d'autore nell'era digitale*, Milano, 2022, 212-217; SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 237-290; AREZZO, *Tutela brevettuale e autoriale dei programmi per elaboratore: profili e critica di una dicotomia normativa*, Milano, 2012, 25 ss; SBRENNNA, *Art. 2575 Codice Civile*, in RESCIGNO (a cura di), *Codice Civile*, Milano, 2010, 5366 ss; STRIPPOLI, *La tutela giuridica del software: l'ordinamento giuridico italiano e statunitense a confronto*, in *Giust. Civ.*, 2004, 389 ss. Per un approfondimento sulla possibilità di tutelare il software tramite brevetto, invece, cfr. DRAGONI, *Software and Patent Law: Reverse Contaminations, Hybridizations and Trends, Observed Through the Legal Systems of Italy (and the EPC System), Japan, and the United States*, in *The Italian Law Journal*, 2018, 95 ss; AREZZO, *Tutela brevettuale e autoriale dei programmi per elaboratore: profili e critica di una dicotomia normativa*, cit., 101 ss.

<sup>10</sup> Cfr. anche la Circolare dell'Agenzia delle entrate N.5/E del 24 febbraio 2023, par. 4.1.1. La definizione di cui alla Circolare appena menzionata ricalca quella fornita dall'art. 2, comma 8, della Legge sul diritto d'autore (l. 22 aprile 1941, n. 633).

<sup>11</sup> In particolare, il codice oggetto, pur non essendo scritto in un linguaggio comprensibile all'uomo, rientra nella tutela di cui all'art. 2 n. 8 della Legge 22 aprile 1941, n. 633 in virtù del riferimento testuale «*in qualsiasi forma espressi*». Cfr. Trib. Bologna, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 17 gennaio 2006.

<sup>12</sup> Cfr. Trib. di Bologna, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 17 gennaio 2006.

<sup>13</sup> GATTEI, *Contraffazione software e presupposti dell'accesso alla tutela cautelare*, in *Diritto dell'Internet*, 2006, 368-369. Sul punto si veda anche MOSCON, *Diritto d'autore e protezione del software: l'irrisolta questione dell'originalità*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, 353, dove l'autore afferma che la tutelabilità delle idee e dei principi che stanno alla base del software è espressamente esclusa dal legislatore al fine di evitare che le idee diventano oggetto di monopolio. In questo modo, l'autore di un software non può evitare che altri programmatori creino software che facciano leva sulla medesima idea di fondo, ma siano caratterizzati da un diverso codice sorgente. In linea con questo orientamento si è poi successivamente espressa anche la giurisprudenza dell'Unione europea nella causa C-406/10 -

### 3. Il requisito dell'originalità

La legge sul diritto d'autore tutela quindi il software in quanto opera originale. Non viene tuttavia specificato, a livello legislativo, quando un software possa essere definito "originale".

Alcune delucidazioni sul punto sono state fornite dalla giurisprudenza, la quale chiarisce che i software sono tutelati dal diritto d'autore se «*siano completamente nuovi o forniscano un apporto innovativo nel settore, esprimendo soluzioni migliori o diverse da quelle preesistenti*».<sup>14</sup>

Se ne deduce, quindi, che possono dirsi originali, in primo luogo, i software sviluppati *ex novo* partendo da zero, in quanto gli stessi non possono che costituire il risultato originale della creazione intellettuale dell'autore.

Inoltre, anche agli adattamenti e alle evoluzioni di programmi già esistenti può essere attribuito il requisito dell'originalità, purché comportino la creazione di software migliori o diversi rispetto a quelli già esistenti.

Resta tuttavia da definire quale sia il livello minimo di personalizzazione dell'opera richiesto al programmatore affinché il prodotto della sua attività evolutiva non risulti una mera copia del software di partenza. Sul punto, una costante giurisprudenza ha chiarito che un software può essere considerato originale «*anche qualora l'opera sia composta da idee e nozioni semplici, comprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia propria dell'opera stessa, purché formulate ed organizzate in modo personale e autonomo rispetto alle precedenti*».<sup>15</sup>

SAS Institute inc. c. World Programming Ltd., in cui la Corte di Giustizia ha sostenuto che non possono considerarsi espressione della creazione originale dell'autore né il linguaggio informatico né la funzionalità di un software, mentre rientra nella protezione autoriale la scrittura del programma, la quale costituisce l'estrinsecazione dell'abilità e della creatività dell'autore. Per una panoramica più approfondita su tale pronuncia si veda GERACI, *Copia di un software e violazione del diritto d'autore: la Corte di giustizia sul caso SAS c. WP*, in *Il Diritto industriale*, 2012, 457-459.

<sup>14</sup> Cass. pen., sez. III, 25 gennaio 2012, n. 8011.

<sup>15</sup> Cass. civ., sez. I, 13 giugno 2014, n. 13524; in particolare, nel caso di specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che ha ritenuto meritevole di tutela tramite diritto d'autore il software denominato "Giava", predisposto per le agenzie di viaggio e composto da una sezione contabile e da una sezione per la vendita dei biglietti, valutandolo originale sia sotto il profilo della funzionalità, sia sotto quello strutturale e algoritmico. La sentenza oggetto di commento conferma il principio di diritto già enunciato da Cass. civ., sez. I, 12 gennaio 2007, n. 581, in cui la giudice di legittimità ha ritenuto immune da vizi logici e giuridici, confermandola, la sentenza di merito che aveva accertato l'originalità di un software, individuandola, rispetto ad altri software volti a risolvere la medesima esigenza applicativa, nell'adattamento dell'architettura applicativa al caso e all'ambiente tecnologico di riferimento. Tale orientamento della Corte di Cassazione è stato recepito anche dal giudice di merito; si vedano in particolare Trib. di Bologna, sez. spec. Impresa, 3 novembre 2022, n. 2713; Corte d'appello di Venezia, sez. spec. Impresa, 27 febbraio 2018; Corte d'appello di Venezia, 9 luglio 2014. L'orientamento giurisprudenziale sopra descritto, inoltre, sembra trovare riscontro positivo anche in dottrina. Cfr. SBRENNNA, *Art. 2575 Codice Civile*, cit., 5366 ss., secondo cui è sufficiente che il software non sia stato copiato perché sia tutelato, con una soglia di ingresso nella zona di protezione estremamente bassa. Per un ulteriore approfondimento del

Di conseguenza, può ritenersi originale anche un software che consista nello sviluppo ulteriore di programmi già esistenti, purché l'attività svolta dal programmatore comporti in un autonomo sforzo creativo, non risultando puramente ripetitiva del lavoro altrui o determinata da operazioni informatiche necessitate.<sup>16</sup>

Ad esempio, l'originalità dell'opera derivata può essere ravvisata nella capacità di adattare le note architetture del software di base ad un diverso ambiente tecnologico di riferimento.<sup>17</sup> Infatti, la circostanza che due software consentano di realizzare lo stesso obiettivo non significa che il programma sviluppato successivamente sia privo di originalità. Al contrario, l'originalità è dimostrata dal fatto che è stato indispensabile riprogrammare la maggior parte delle funzionalità contenute nel software di partenza, per permettere all'opera derivata di funzionare in un contesto differente.<sup>18</sup> Ciononostante, rimane comunque necessario un margine di sforzo creativo da parte dell'autore, che si estrinsechi quanto meno nella scelta, discrezionale e non necessitata, fra diverse opzioni informatiche percorribili.<sup>19</sup>

---

razionale sotteso all'orientamento giurisprudenziale oggetto di commento si vedano anche FITTIPALDI, *La tutela delle "opere letterarie" nella società contemporanea: dal "romanzo" al "software"*, in *Corriere Giuridico*, 2007, 973-980; PALOMBELLA, *L'originalità del software*, in *Il Diritto industriale*, 2007, 492-494.

<sup>16</sup> Cfr. Trib. di Bologna, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 17 maggio 2006, secondo cui «l'originalità del software è ravvisabile solo qualora la sua forma espressiva - sotto forma di linguaggio di programmazione, interfaccia per l'utente, processor - sia il frutto di uno sforzo creativo e non meramente ripetitivo dell'ingegno dell'autore pur potendo essere il contenuto del programma identico ad altri precedenti e quindi identica ad altre la sua funzionalità». In senso conforme, cfr. Trib. di Bologna, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 17 gennaio 2006: «la creatività, nel settore del software (in cui l'opera in genere viene creata sulle fondamenta di quelle precedenti) va intesa come un autonomo sforzo creativo intellettuale posto in essere da parte dell'autore, sì da potersi risalire alla personalità di quest'ultimo e in modo tale che si possa distinguere la detta opera da ogni altra precedente ed escludersi che sia stata già creata un'opera simile» [...] «ciononostante, è stato correttamente osservato come, "in tutti i casi in cui l'opera in questione è finalizzata al raggiungimento di un risultato utile ed è caratterizzata da aspetti necessitati, tanto più il giudizio sulla sua originalità si sposta dalla valutazione del risultato in sé, alla semplice esistenza di una attività intellettuale del soggetto agente, che viene protetta per il solo fatto di essersi dispiegata"; ciononostante, deve senza ombra di dubbio ritenersi, che, anche all'interno di una "originalità" così ridotta, rimanga pur sempre quale requisito necessario, pena la mancata riconducibilità ai presupposti normativi della l.a., un margine di sforzo creativo da parte dell'autore che si estrinseca nella scelta delle diverse opzioni informatiche e nella loro diversa rappresentazione formale corrispondente, tanto che, come è stato correttamente, precisato, nel settore in questione l'originalità appare come "un sufficiente grado di valore aggiunto rispetto alla situazione anteriore"; pertanto, più l'apporto creativo si riduce rispetto alle opere precedenti, meno la sua funzione coincide con la forma espressiva e di più con quella della semplice divulgazione, non proteggibile nel campo del diritto d'autore».

<sup>17</sup> Precisa, infatti, la giurisprudenza che: «in un mercato affollato come quello dei programmi per elaboratore, che un software è creativo anche se è lo sviluppo di programmi precedenti, purché sia frutto di un lavoro non semplicemente ripetitivo di quello altrui; l'idea, quindi, non deve essere determinata da scelte necessitate ma deve discendere da un apporto personale del suo autore, anche se di livello non particolarmente elevato». Cfr. Corte d'appello di Milano, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 22 dicembre 2011, n. 2648.

<sup>18</sup> Cfr. Trib. di Catania, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 27 settembre 2007.

<sup>19</sup> Cfr. Trib. di Bologna, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 17 gennaio 2006; Trib. di

Non acquisirebbe, invece, il rango di creazione intellettuale originale la semplice programmazione di software altrui già esistenti, che non aggiunga alcunché a questi ultimi. Al ricorrere di tale fattispecie, infatti, l'attività dell'autore sarebbe priva di qualsiasi sfumatura di personale creatività.<sup>20</sup> Affinché possa ricorrere il requisito dell'originalità è invece necessario che il software sia il risultato di uno sforzo intellettuale indipendente del suo autore e non la riproduzione pedissequa di quanto già realizzato da altri.<sup>21</sup>

#### 4. La Prova dell'esistenza del software. Il deposito presso la SIAE

È pacifico che il diritto d'autore sul software abbia origine nel momento stesso della creazione dell'opera originale oggetto di tutela, senza che siano necessari degli ulteriori adempimenti a carico dell'autore.<sup>22</sup> Potrebbe quindi generare dei dubbi interpretativi il dato letterale del paragrafo 4.3 della Circolare dell'Agenzia delle entrate N.5/E del 24 febbraio 2023, recante chiarimenti in merito al regime fiscale *Patent Box*, dove viene affermato che: «*per quel che concerne le attività di ideazione e realizzazione del software*<sup>23</sup> [...] *si ritiene che tali attività*<sup>24</sup> *possano considerarsi*

---

Bologna, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 17 maggio 2006.

<sup>20</sup> Cfr. Trib. di Torino, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 13 gennaio 2006. In senso conforme, si veda anche Trib. Bologna, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 10 luglio 2008, secondo cui: «*nel caso di bene immateriale, quale è il software, nessuna tutela può essere accordata con riferimento alla fattispecie dell'imitazione servile*».

<sup>21</sup> MOSCON, *Diritto d'autore e protezione del software: l'irrisolta questione dell'originalità*, cit., 352. Si veda anche SCORZA, *Contraffazione software e presupposti dell'accesso alla tutela cautelare*, in *Diritto dell'Internet*, 2006, 48, dove viene argomentato che, nonostante la soglia di accesso alla tutela d'autore per i software sotto il profilo della sussistenza del requisito dell'originalità sia collocata ex lege ad un livello più basso rispetto a quello previsto per le altre opere dell'ingegno, è comunque necessario che il software costituisca il risultato di una seppur minima attività creativa da parte del suo autore. Chiarisce poi l'autore che la ragione per la quale l'esistenza del requisito dell'originalità viene valutato in maniera meno stringente è dovuto al fatto che l'esigenza di risolvere un problema tecnico operativo alla base della creazione di un programma per elaboratore comporta, di norma, particolare difficoltà nel realizzare opere che possano definirsi del tutto originali rispetto allo stato dell'arte. Meritevole di menzione è anche MASTRELIA, *Profili evolutivi della tutela del software*, in *Il Diritto industriale*, 2015, 264, secondo cui, affinché un software derivato possa essere considerato originale, è necessario che esso sia personale e autonomo rispetto alla struttura di base del software già esistente.

<sup>22</sup> Cfr. art. 2576 c.c. e art. 6 della Legge sul diritto d'autore. Tale interpretazione trova conferma anche in dottrina e in giurisprudenza. Si vedano ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, 293; SBRENNI, *Art. 2575 Codice Civile*, cit., 5366 ss., e Trib. di Genova, 3 dicembre 1990.

<sup>23</sup> Nonostante la circolare stessa riconosca che «*la protezione è garantita dalla legge sul diritto d'autore a partire dal momento della creazione dell'opera*».

<sup>24</sup> Si intendono le attività rilevanti ai fini *Patent Box*, ossia: (1) le attività classificabili come ricerca industriale e sviluppo sperimentale ai sensi dell'articolo 2 del Decreto MISE 26 maggio 2020 del Ministero dello Sviluppo economico, recante le disposizioni applicative dei crediti d'imposta per le attività di ricerca e sviluppo, di innovazione tecnologica, di design e ideazione estetica (di seguito,

*rilevanti ai fini del meccanismo premiale nel caso in cui il bene sia stato registrato presso l'apposito pubblico ufficio istituito presso la SIAE. In riferimento al software, dunque, si potrà beneficiare del meccanismo premiale a partire dal periodo di imposta in corso alla data di registrazione del bene presso la SIAE. Pur non rappresentando tale adempimento un obbligo ai fini della protezione e tutela del bene, lo stesso presuppone la sussistenza dei requisiti di tutela sopra individuati di originalità e creatività tali da poter qualificare il bene tra le opere dell'ingegno».<sup>25</sup>*

Sembrerebbe quindi che alle imprese non siano concessi metodi alternativi alla registrazione presso la SIAE per provare all'Agenzia delle Entrate l'esistenza e la titolarità di un determinato software nel periodo di imposta rilevante ai fini dell'applicazione del regime *Patent Box*.<sup>26</sup>

Vero è che lo stesso paragrafo 4.3 parrebbe aprire la strada anche per l'ammissibilità di strumenti probatori alternativi, affermando che «*Resta ferma la possibilità di dimostrare la sussistenza dei requisiti oggettivi anche provando l'avvenuta registrazione presso altri enti o organismi pubblici, purché la stessa produca effetti equivalenti a quella effettuata presso la SIAE*».<sup>27</sup> Tuttavia, a ben vedere, non esistono attualmente in Italia enti o organismi pubblici presso cui un'impresa possa registrare un software in modo da ottenere effetti equivalenti alla registrazione presso la SIAE.<sup>28</sup>

Da un'interpretazione strettamente letterale della previsione di cui al paragrafo 4.3 della Circolare dell'Agenzia delle entrate N.5/E del 24 febbraio 2023 si potrebbe quindi ritenere che un'impresa, nonostante abbia sostenuto dei costi di ricerca e sviluppo associati alla creazione di un software originale protetto dal diritto d'autore, non possa poi in concreto accedere all'agevolazione *Patent Box* senza il deposito di tale software presso la SIAE.<sup>29</sup>

---

per semplicità, il "Decreto MISE"); (2) le attività classificabili come innovazione tecnologica ai sensi dell'articolo 3 del Decreto MISE; (3) le attività classificabili come design e ideazione estetica ai sensi dell'articolo 4 del Decreto MISE; (4) le attività di tutela legale dei diritti sui beni immateriali (cfr. par. 4.2 della Circolare dell'Agenzia delle entrate N.5/E del 24 febbraio 2023), nonché le attività di ideazione e realizzazione del software protetto da copyright (cfr. par. 4.3 della Circolare dell'Agenzia delle entrate N.5/E del 24 febbraio 2023).

<sup>25</sup> Par. 4.3 della Circolare dell'Agenzia delle entrate N.5/E del 24 febbraio 2023.

<sup>26</sup> Per un approfondimento in merito al software come oggetto di prova cfr. CASSANO - FRANCESCHELLI - TASSONE, *Prova e tutele nel diritto d'autore e nel diritto Industriale*, Milano, 2023, 145-160.

<sup>27</sup> Par. 4.3 della Circolare dell'Agenzia delle entrate N.5/E del 24 febbraio 2023.

<sup>28</sup> A tal proposito, merita un riferimento la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 1580 del 15 febbraio 2023, con cui il supremo giudice amministrativo ha confermato l'esistenza di un abuso di posizione dominante perpetrato dalla SIAE, riconducibile ad una strategia di esclusione dei concorrenti nei mercati relativi ai servizi di intermediazione dei diritti d'autore e del servizio di tutela dal plagio. Aggiunge poi il Consiglio di Stato che gli effetti negativi sul piano concorrenziale, prodotti da tali condotte, non risultano essere stati controbilanciati da vantaggi in termini di efficienza a beneficio degli utenti.

<sup>29</sup> Questa ricostruzione viene accettata anche da parte della dottrina, la quale non ha tuttavia mancato di evidenziare alcune complessità derivanti da tale approccio: AVOLIO, *Il nuovo Patent Box trova le istruzioni definitive dell'Agenzia delle entrate*, cit., 1012; AVOLIO - PISANO, *Patent Box in cerca di certezze con la bozza di circolare in consultazione*, in *Il fisco*, 2023, 826. In termini più critici si è invece

Una simile impostazione, tuttavia, creerebbe delle perplessità, innanzitutto, sul piano giuridico.

Il deposito di un software presso la SIAE non ha valenza costitutiva del diritto d'autore sul software stesso.<sup>30</sup> Prevede, infatti, l'art. 106 della Legge sul diritto d'autore che il mancato deposito di un'opera presso la SIAE non pregiudica l'acquisto o l'esercizio del diritto d'autore sulla stessa, dal momento che, ai sensi dell'articolo 6 della medesima legge, il titolo originario dell'acquisto del diritto di autore è costituito dalla creazione dell'opera.<sup>31</sup> Ragionare diversamente comporterebbe l'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano di una inedita fattispecie di pubblicità costitutiva delle opere dell'ingegno, in forza della quale il software sarebbe "protetto da copyright" solo se registrato presso la SIAE, in aperto contrasto con la Legge sul diritto d'autore.<sup>32</sup>

Piuttosto, come riportato dall'art. 103 della Legge sul diritto d'autore, tale deposito costituisce semplicemente uno dei vari strumenti tramite i quali è possibile fare fede, sino a prova contraria, dell'esistenza e della paternità dell'opera al momento della registrazione.<sup>33</sup>

Inoltre, la registrazione presso la SIAE non presuppone la sussistenza dei requisiti di originalità e creatività del software, come invece suggerisce la Circolare dell'Agenzia delle entrate N.5/E del 24 febbraio 2023.<sup>34</sup> La SIAE, invero, non possiede il potere di verificare la creatività dell'opera depositata. Di

espressa Circolare Assonime 20/2023 del 28/06/2023, la quale ha rimarcato il fatto che non solo la registrazione di un software presso la SIAE non ha effetti costitutivi in merito alla genesi del diritto d'autore sul software stesso, ma al ricorrere di determinate casistiche risulta anche difficile da richiedere. Si veda anche Avolio - Bellini, *Per Assonime serve più discontinuità con il "vecchio" Patent Box*, in *Il fisco*, 2023, 2998.

<sup>30</sup> La questione risulta altresì pacifica tanto in giurisprudenza quanto in dottrina. In relazione alla giurisprudenza, si vedano in particolare: Trib. di Catania, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 29 luglio 2010: «il diritto d'autore si acquista a titolo originario cioè al momento della creazione dell'opera»; Trib. Di Bari, 11 febbraio 2004: «l'omessa registrazione del programma per elaboratore nei registri tenuti presso la SIAE non invalida la titolarità del programma in capo all'autore, poiché se anche la legge gli consente di procedere alla relativa registrazione, quest'ultimo adempimento non costituisce requisito necessario per la tutelabilità del diritto d'autore, ma solo un'opzione facoltativa in capo all'autore del programma». In senso conforme cfr. Cass. civ., 19 maggio 1969, n. 1722; Corte d'appello di Milano, sez. spec. Impresa, 19 marzo 2021, n. 899. Sul piano della dottrina cfr. FABIANI, *Il diritto di autore*, in RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Torino, 1983, 159; SBRENNIA, *Art. 2575 Codice Civile*, cit., 5366 ss.

<sup>31</sup> Cfr. NECCHI, *Il regime di tassazione agevolata dei redditi derivanti dallo sfruttamento delle proprietà intellettuale (c.d. "Patent Box")*, in *Rivista di Diritto industriale*, 2016, 102.

<sup>32</sup> Cfr. DI GIALUCA, *Il "perimetro mobile" del Patent Box italiano e le tutele del contribuente in sede di ruling obbligatorio*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2017, 1416.

<sup>33</sup> Il punto è pacifico anche in giurisprudenza. Cfr. Tribunale di Roma, Sez. spec. Impresa, 11 novembre 2019, secondo cui la registrazione di un'opera dell'ingegno presso la SIAE determina una presunzione *iuris tantum* della titolarità dell'opera; si veda anche Trib. di Catania, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 29 luglio 2010 secondo cui: «la registrazione di un software presso il pubblico registro SIAE ha una funzione probatoria facendo fede fino a prova contraria della pubblicazione dell'opera e della paternità dell'autore».

<sup>34</sup> Cfr. Par. 4.3 della Circolare dell'Agenzia delle entrate N.5/E del 24 febbraio 2023.

conseguenza, la creatività e l'originalità di un'opera dell'ingegno non possono essere provate semplicemente tramite il deposito dell'opera in questione presso i registri della SIAE.<sup>35</sup>

Alla luce delle argomentazioni sopra esposte, la registrazione di un software presso la SIAE non può che assumere unicamente la funzione di presunzione *iuris tantum* circa l'esistenza e la titolarità del software in questione. Sarebbe invece da rigettare l'opinione secondo cui tale registrazione debba integrare un prerequisito necessario per l'applicazione dell'agevolazione *Patent Box* o una prova dell'originalità del software depositato.<sup>36</sup>

## 5. Problematiche operative derivanti dalla registrazione di un software presso la SIAE

In aggiunta, sostenere che per poter portare in agevolazione *Patent Box* un dato software sia indispensabile la registrazione dello stesso presso la SIAE comporterebbe anche l'insorgere di criticità per il contribuente sul piano operativo, generando contraddizioni con la stessa ratio sottesa all'emanazione del *Patent Box*.

La registrazione presso la SIAE si attua tramite il deposito di un DVD contenente il codice sorgente del software in questione.

In primo luogo, affidare ad un'entità esterna il codice sorgente di un software strategico per un'azienda può comportare delle apprezzabili criticità sotto il profilo della sicurezza e della riservatezza, in quanto il codice in questione può essere oggetto di furto o di appropriazione indebita.<sup>37</sup>

Ulteriori rischi sono poi legati all'eventuale smarrimento o danneggiamento del DVD, con inevitabili conseguenze sulla valenza probatoria della registrazione.<sup>38</sup>

Inoltre, il deposito del DVD mal si concilia con le moderne procedure di sviluppo software, che prevedono un continuo aggiornamento del codice sorgente

---

<sup>35</sup> Corte d'appello di Milano, sez. spec. Impresa, 19 marzo 2021, n. 899. Il medesimo principio viene recepito anche in CASSANO - FRANCESCHELLI - TASSONE, *Prova e tutele nel diritto d'autore e nel diritto industriale*, cit, 58. In senso conforme, si veda anche Corte d'appello di Bari, 21 dicembre 2017, n. 2170: «l'accettazione del deposito da parte della SIAE non comporta alcuna valutazione circa l'esistenza del requisito di tutelabilità ai sensi della vigente legge sulla protezione del diritto d'autore (l. n. 633 del 22.04.1941) né implica alcun riconoscimento a tale riguardo».

<sup>36</sup> Cfr. NECCHI, *Il regime di tassazione agevolata dei redditi derivanti dallo sfruttamento delle proprietà intellettuali (c.d. "Patent Box")*, cit, 103; DI GIALLUCA, *Il "perimetro mobile" del Patent Box italiano e le tutele del contribuente in sede di ruling obbligatorio*, cit, 1416.

<sup>37</sup> Già in passato la SIAE è stata oggetto di attacchi informatici, che hanno compromesso la segretezza delle informazioni depositate presso di essa ed il conseguente valore strategico per le aziende proprietarie di tali informazioni.

<sup>38</sup> Simili danneggiamenti possono derivare anche da malfunzionamenti generati durante il processo di masterizzazione del DVD.

di un dato software. Preparare e depositare un nuovo DVD per ogni rilascio di versioni parziali o incrementali del software di base causerebbe un rilevante appesantimento del procedimento di sviluppo.

La creazione del DVD comporterebbe poi la necessità di implementare un apparato in grado di scaricare dai sistemi di archiviazione digitali aziendali una copia del codice sorgente da masterizzare sul DVD in ogni occasione in cui venga rilasciata una nuova versione del software. Dal momento che i software maggiormente avanzati possono contenere anche terabyte di informazioni, l'implementazione di una simile procedura potrebbe risultare particolarmente dispendiosa sia in termini di tempo che di denaro.

Di conseguenza, subordinare la possibilità di accedere ai benefici *Patent Box* all'obbligo di depositare presso la SIAE i software che si intende portare in agevolazione mal si concilierebbe con il rationale alla base del regime *Patent Box*, introdotto con il fine di incentivare l'innovazione industriale, attrarre investimenti e dare uno slancio alla competitività del sistema produttivo nazionale.

## 6. La valenza probatoria della procedura di *hashing* corredata da firma digitale qualificata

Grazie alla recente progressione delle nuove tecnologie digitali, si sono sviluppati metodi alternativi alla registrazione presso la SIAE tramite i quali provare l'esistenza e la paternità di un software in una specifica data. Tra di essi, figura la procedura di *hashing* corredata da firma digitale con marca temporale qualificata.

Tale procedura si suddivide in due momenti distinti. Nella prima fase, il codice sorgente viene ridotto ad una stringa alfanumerica univocamente riconducibile al codice sorgente convertito (procedura di *hashing*).<sup>39</sup> Ciascuna stringa così prodotta (*hash*) è unica nel suo genere, in quanto ad un dato codice sorgente può corrispondere solamente un unico *hash*, come fosse un'impronta digitale.<sup>40</sup> Infatti,

---

<sup>39</sup> DE BENEDICTIS, *Conservazione delle fatture elettroniche: adempimento obbligatorio o superfluo?*, in *Il fisco*, 2023, 3432.

<sup>40</sup> ATERNO, *Le investigazioni informatiche e l'acquisizione della prova digitale*, in *Giur. Mer.*, 2013, 956; ALBERTINI, *Sul documento informatico e sulla firma digitale (novità legislative)*, in *Giust. civ.*, 1998, 272; DE BENEDICTIS, *Conservazione delle fatture elettroniche: adempimento obbligatorio o superfluo?*, cit., 3432; BOGNI, *Blockchain e tutela della trasmissione dei dati*, in *Il Diritto industriale*, 2023, 146; MANONI, *Processo tributario telematico e vizi degli atti processuali: le oscillazioni giurisprudenziali*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2022, 1505; SANDEI, *Le initial coin offering nel prisma dell'ordinamento finanziario*, in *Rivista di diritto civile*, 2020, 396. MOSCON, *Tecnologie blockchain e gestione digitale del diritto d'autore*, in *Il Diritto industriale*, 2020, 138. Un esempio di algoritmo di *hashing* particolarmente diffuso tra gli utenti è il SHA-256, che è stato pubblicato nel 2001 come risultato di una collaborazione tra la NSA e il NIST. Il SHA-256 produce un *hash* di 256 bit (32 byte), che corrisponde a 64 caratteri esadecimali. Il SHA-256 è considerato uno degli algoritmi di *hashing* più sicuri e viene usato per applicazioni critiche come la firma digitale, la blockchain e la protezione dei dati.

cambiando anche solo una virgola nel documento sottoposto ad *hashing*, la stringa alfanumerica che ne risulta cambia drasticamente. È inoltre impossibile creare a priori un software avente un determinato codice *hash* a piacere. Per tali ragioni, attraverso il codice alfanumerico prodotto tramite la procedura di *hashing*, è possibile identificare in maniera certa e univoca uno specifico software.<sup>41</sup>

L'utilizzo dell'*hashing* comporta benefici anche in termini di sicurezza e riservatezza per le aziende, in quanto permette di "anonimizzare" il codice sorgente ridotto in stringa alfanumerica, senza che sia possibile risalire allo specifico codice sorgente che ha generato tale *hash*.<sup>42</sup> In sede probatoria, non sarebbe quindi necessario produrre un dato codice sorgente, ma sarebbe sufficiente l'*hash* di riferimento.

L'*hashing* trova legittimazione a livello normativo, dove viene definito come «una funzione matematica che genera, a partire da un documento informatico, una impronta in modo tale che risulti di fatto impossibile, a partire da questa, ricostruire il documento informatico originario e generare impronte uguali a partire da documenti informatici differenti».<sup>43</sup>

Inoltre, l'*hashing* è pacificamente ammesso anche dalla giurisprudenza di legittimità e di merito come procedura identificativa di un determinato documento informatico. In questo senso, si vedano in particolare Cass. pen., sez. II, 31 ottobre 2017, n. 53810, la quale riconosce che tramite la procedura di *hashing* «viene appunto assicurata l'integrità e l'identità all'originale della copia acquisita», e Cass. pen., sez. III, 8 giugno 2021, n. 32653, la quale definisce l'*hash* come «un codice alfanumerico [che] identifica senza tema di alterazioni il contenuto del documento [informatico]».<sup>44</sup>

Nella seconda fase della procedura, il codice alfanumerico prodotto tramite *hashing* viene inserito all'interno di un documento testuale, dove viene riportata l'anagrafica del software di riferimento.<sup>45</sup> Tale documento viene quindi sottoposto a firma digitale con marca temporale qualificata, ossia elaborata per il tramite di

---

<sup>41</sup> VENIER, *Blockchain, NFT, Metaverso & proprietà intellettuale. Tavola Rotonda su esperienze applicative*, in *Il Diritto industriale*, 2023, 135-136; SALTARELLI, *I notai e il mercato*, in *Notariato*, 2023, 168. ALGERI, *Principio di proporzionalità e sequestro probatorio di sistemi informatici*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 851; VENIER, *Intelligenza Artificiale, Blockchain e mondo IoT: l'esperienza degli operatori*, in *Il Diritto industriale*, 2020, 170. La generazione di un codice *hash* costituisce, peraltro, una procedura abbastanza semplice, essendo l'*hash* una funzione ormai acquisita nel patrimonio culturale della *computer science*. Cfr. RAINONE, *La proprietà intellettuale e la tracciabilità della filiera agroalimentare di fronte alle nuove tecnologie*, in *Il Diritto industriale*, 2023, 42.

<sup>42</sup> KROGH, *Transazioni in valute virtuali e rischi di riciclaggio. Il ruolo del notaio*, in *Notariato*, 2018, 160.

<sup>43</sup> Decreto del Ministero della Giustizia del 28 dicembre 2015.

<sup>44</sup> In senso conforme si vedano anche Cass. pen. sez. VI, 22 marzo 2022, n. 22795; Cass. pen., Sez. Un., 20 luglio 2017, n. 40963; Cass. pen., sez. III, 15 luglio 2014, n. 43304; Cass. pen., sez. I, 23 maggio 2013, n. 22051; Cass. pen., sez. II, 13 marzo 2009, n. 11135; Corte d'appello di Milano, sez. II, 11/11/2009, n. 3306; Trib. di Pescara, 12 febbraio 2021, n. 2246.

<sup>45</sup> Autore, data di pubblicazione, linguaggio di programmazione ed eventuali hardware, ecc., in linea con quanto richiesto dal modulo per il deposito in SIAE.

prestatori iscritti negli elenchi pubblici dei Gestori di Posta Elettronica Certificata e dell'identità digitale, dei Certificatori e dei Conservatori tenuti ed aggiornati dall'Agenzia per l'Italia Digitale.<sup>46</sup> Il servizio di firma digitale, in linea con gli obiettivi dell'Agenda Digitale Italiana, viene offerto dai Prestatori di servizi fiduciari accreditati, ossia soggetti pubblici o privati che, sotto la vigilanza di dell'Agenzia per l'Italia digitale, emettono certificati qualificati (per la firma digitale) e certificati di autenticazione (per le carte nazionali dei servizi).

Secondo quanto previsto dal Codice dell'Amministrazione Digitale, «*il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immutabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore*».<sup>47</sup>

L'utilizzo della marca temporale informatica come strumento volto a garantire l'esistenza di un dato documento informatico a partire da una certa data è stato avallato dalla giurisprudenza più recente. Secondo la Corte di legittimità, infatti, «*la cd. "marca temporale" è un servizio specificamente volto ad associare data e ora certe e legalmente valide ad un documento informatico, consentendo, quindi, di attribuirgli una validazione temporale opponibile a terzi*»; «*la marca temporale, dunque, attesta il preciso momento in cui il documento è stato creato, trasmesso o archiviato*».<sup>48</sup>

## 7. Conclusioni

Alla luce delle argomentazioni sopra riportate, è possibile generare maggiore chiarezza in merito alle questioni poste in apertura di questo contributo.

In relazione al requisito dell'originalità del software, dalla cui sussistenza dipende la tutela autoriale del software e di conseguenza la possibilità di portare in agevolazione i costi di ricerca e sviluppo relativi al software medesimo, si è appurato che la Legge sul diritto d'autore non fornisce particolari elementi per comprendere a quali condizioni, in concreto, tale requisito possa dirsi integrato. Tuttavia, tale lacuna può ormai dirsi colmata grazie agli interventi chiarificatori della giurisprudenza.

---

<sup>46</sup> Per un approfondimento in materia di firma digitale si veda ALBERTINI, *Sul documento informatico e sulla firma digitale (novità legislative)*, cit., 287.

<sup>47</sup> D.lgs. n. 82 del 2005, art. 20, c.d. Codice dell'Amministrazione Digitale.

<sup>48</sup> Cass. civ., sez. I, 13 febbraio 2019, n. 4251. Recentemente, anche l'Agenzia delle Entrate ha riconosciuto che lo strumento della firma digitale corredata da marca temporale sia idoneo ad integrare il requisito della data certa. Cfr. Agenzia delle Entrate, Risposta all'interpello numero 725 del 18 ottobre 2021. Anche parte della dottrina si è espressa in senso conforme a tale orientamento. Si veda VENIER, *Intelligenza Artificiale, Blockchain e mondo IoT: l'esperienza degli operatori*, cit, 170.

Possono quindi essere considerati originali i software completamente nuovi, sviluppati *ex novo* partendo da zero. In questi casi, infatti, il software costituisce il risultato unicamente dell'attività creativa del suo autore.

Inoltre, possono ottenere il requisito dell'originalità anche le rielaborazioni e le evoluzioni di software già esistenti, purché siano formulate e organizzate in maniera personale e autonoma dal proprio autore, anche se composte da idee e nozioni semplici per un esperto del settore.

Per quanto riguarda, invece, i dubbi sul piano probatorio, il dato strettamente letterale della disciplina applicabile sembrerebbe consentire al contribuente di provare la titolarità e l'esistenza del software nell'anno fiscale di riferimento solamente tramite il deposito del software in questione presso la SIAE. Un simile approccio, tuttavia, risulta difficilmente condivisibile. In primo luogo, la registrazione del software nei registri della SIAE, non ha valenza costitutiva del diritto d'autore sul software, ma rappresenta solamente uno dei possibili mezzi che consentono di dimostrare, fino a prova contraria, l'esistenza e la paternità dell'opera in questione. Inoltre, è opportuno sottolineare che tale registrazione non presuppone che il software registrato sia un'opera originale, in quanto la SIAE non certifica l'originalità delle opere depositate presso la stessa. Non da ultimo, imporre alle imprese desiderose di beneficiare del regime Patent Box l'adozione tale procedura causerebbe alle stesse problematiche operative e criticità legate alla sicurezza ed alla riservatezza dei propri dati.

A ben vedere, un'interpretazione maggiormente sistematica e teleologica della normativa di riferimento dimostra che la prova dell'esistenza del software ai fini *Patent Box* può essere fornita anche tramite strumenti alternativi, purché idonei a garantire effetti probatori quanto meno equivalenti rispetto alla registrazione del software presso la SIAE. Tra di essi, risalta la procedura di *hashing* correlata da firma digitale con marca temporale qualificata. Tale strumento probatorio consente di certificare l'unicità del software mediante la procedura di *hashing*, mentre la data certa dell'esistenza del medesimo software viene provata mediante l'apposizione della firma digitale corredata da marca temporale. Si può dunque sostenere che, sul piano del diritto sostanziale, la procedura di *hashing* correlata da firma digitale corredata da marca temporale costituisce uno strumento tramite il quale è possibile provare la paternità e l'esistenza di un software in un dato momento storico secondo standard probatori qualitativamente equivalenti, se non addirittura migliorativi, rispetto al deposito del software presso la SIAE.

Inoltre, l'utilizzo della procedura di *hashing* correlata da firma digitale con marca temporale qualificata risulta maggiormente coerente con il rationale che ha spinto il legislatore ad emanare il regime *Patent Box*, ossia quello di promuovere l'innovazione dell'ecosistema delle imprese italiane. Tale strumento probatorio, infatti, se comparato con il deposito del software presso la SIAE, appare più in linea con i moderni sistemi di sviluppo software e maggiormente in grado di tutelare le imprese in materia di riservatezza e *cyber security*.

## LA BANCASSURANCE AU MAROC. UNE ÉVOLUTION OU RÉVOLUTION DEPUIS L'AVÈNEMENT DU CODE DES ASSURANCES: ANALYSE JURIDICO-TECHNIQUE DE 2008 A 2022 °

**Hicham Rahal**

*Enseignant chercheur à l'École Nationale de Commerce et de Gestion,  
Ibn Tofail University, Kenitra, Morocco*

*Cet article se veut une feuille de route qui trace les contours de la bancassurance au Maroc, son évolution, les dispositions juridiques qui encadrent ce mode de présentation des opérations d'assurances, les différents acteurs de ce champ restreint de distribution à savoir les banques, les sociétés de financement, les associations de micro-crédit et les établissements de paiement.*

*Pour ce faire le travail est structuré comme suit: une introduction qui présente le cadre général de l'article, suivi d'une présentation des concepts, des définitions et des modèles de la bancassurance au Maroc. Nous analysons ensuite le cadre juridique de la bancassurance, en examinant les actions du législateur et de l'Autorité de contrôle des assurances et de la prévoyance sociale (ACAPS) pour modifier le champ de présentation des opérations d'assurances. Enfin, nous mettons en lumière son impact sur l'évolution et la place de la bancassurance au Maroc, et en dernier lieu une conclusion sur les contours futurs de cette mutation qui se profile dans le champ de présentation des opérations d'assurances.*

*L'articolo vuole essere una road map che traccia i contorni della bancassurance in Marocco, la sua evoluzione, le disposizioni giuridiche che regolano questa modalità di presentazione delle operazioni assicurative, i diversi attori di questo ristretto ambito distributivo, ovvero banche, società finanziarie, associazioni di microcredito e istituti di pagamento.*

*Per fare questo, il lavoro è strutturato come segue: un'introduzione che presenta il quadro generale dell'articolo, seguita da una presentazione dei concetti, delle definizioni e dei modelli di bancassurance in Marocco. Analizzeremo poi il quadro giuridico della bancassurance, esaminando gli interventi del legislatore e dell'Autorità di vigilanza sulle assicurazioni e sulla previdenza sociale (ACAPS) per modificare l'ambito di presentazione delle operazioni assicurative. Infine, evidenziamo il suo impatto sull'evoluzione e il ruolo della bancassurance in Marocco seguita da una conclusione sulle prospettive future di questa trasformazione che sta emergendo nel campo della presentazione delle operazioni assicurative.*

*This article is intended as a roadmap that outlines the development of bancassurance in Morocco, sheds light on the legal provisions that govern this method of presenting insurance operations, and on the various players in this restricted field of distribution, namely banks, finance companies, micro-credit associations and payment institutions.*

*The present paper is structured as follows. First, the introduction sketches the general framework of the article; second, section 1 offers a review and a discussion of the concepts, the definitions and the model of bancassurance in Morocco. Third, section 2 sets out the legal framework for bancassurance and explains how the legislator and the Supervisory Authority of Insurance and Social welfare (ACAPS) have set about modifying the field of the presentation of insurance operations. Moreover, section 3 highlights the impact of ACAPS on the evolution and the place of bancassurance in Morocco. Finally, we conclude with a look ahead at the future contours of this mutation taking shape in the field of the presentation of insurance operations.*

---

° Ensayo sometido a revisión por pares doble ciego.

**Sumario:**

1. Introducción
2. Concepts, definitions et modeles bancassurance au Maroc
  - 2.1. Concepts et définitions
  - 2.2. Modèles de bancassurance au Maroc
3. Le cadrage juridique et réglementaire de la bancassurance apporté par le législateur et le régulateur l'ACAPS
  - 3.1. Avant le 07 novembre 2002: la loi bancaire de 1993
  - 3.2. Après le 7 novembre 2002: le nouveau code des assurances
4. Place de la bancassurance dans le réseau de présentation des opérations d'assurance au Maroc
  - 4.1. Evolution de l'implantation d'agences bancaires en 2020
  - 4.2. Contribution du secteur bancaire et analyse de l'évolution des souscriptions
  - 4.3. Les émissions par les associations de micro-crédit et les sociétés de financement
5. Conclusion

## 1. Introducción

C'est à la fin des années 1980 et au début des années 1990, que ce concept a vu le jour et c'est les Pays-Bas qui ont été les premiers à développer de véritables projets industriels de bancassurance. C'est après le succès de la restructuration du secteur financier avec ce modèle néerlandais que la France et les autres pays européens ont suivi. Ceci s'est traduit par de multiples opérations de prise de contrôle ou de participation entre banques et compagnies d'assurances. Notons que d'autres pays ont été plus lents à croire dans la bancassurance à savoir le Japon et les Etats-Unis<sup>1</sup>.

Pour le marché marocain, l'activité de bancassurance a démarré, sous une forme primaire, dans les années soixante-dix à travers des contrats d'assurances vie qui accompagnaient les prêts bancaire d'une part, et avec le lancement, par les banques, de la convention d'assistance de rapatriement de corps (1973), destinée initialement aux marocains résidant à l'étranger<sup>2</sup>.

Selon Fouad Douiri, Directeur général d'Al Wataniya, les premiers contrats d'assurances vendus par les guichets bancaires, datent des années 1980 avec Assuravenir (épargne retraite Al Wataniya-BMCI) et Ad-Dammane Chaabi (épargne retraite résultant d'un partenariat entre CNIA et banque populaire)<sup>3</sup>.

A la suite de cette phase, qualifiée d'émergence, les pouvoirs publics ont donné un élan au développement de la bancassurance en 1993/1994, avec la promulgation d'avantages fiscaux sensibles en faveur de l'assurance vie<sup>4</sup>.

Qu'en est-il du niveau de développement de la bancassurance au Maroc et son rôle dans la distribution des produits d'assurances et, par conséquent, dans la collecte et la promotion de l'épargne ? Ceci nous interpelle sur les conséquences qu'aura ce mode de distribution sur le réseau classique de distribution (intermédiaires d'assurances).

Dans ce qui va suivre, sera développé le concept de bancassurance (I), le cadrage juridique de la présentation des opérations d'assurances (II), son impact sur la place de la bancassurance dans le réseau de présentation des opérations d'assurance au Maroc et dans quel mesure et degré a-t-il envahi le champ de la distribution (III).

---

<sup>1</sup> CORDIER - FRÉRY, *Les sept familles de l'assurance: création de valeur et innovation managériale dans l'industrie de l'assurance*, Paris, 2003.

<sup>2</sup> OUCHEKKIR, *L'épargne assurance et sa contribution au financement de la croissance économique au Maroc*, thèse de Doctorat. Faculté des Sciences juridiques, économiques et sociales, Université Mohamed V, Rabat, 2002.

<sup>3</sup> Cfr. *Bancassurance Dossier*, en *La nouvelle tribune*, 23-29 mai 2002.

<sup>4</sup> Cfr. *Bancassurance Dossier*, cit.

## 2. Concepts, définitions et modèles bancassurance au Maroc

### 2.1. Concepts et définitions

La Bancassurance est vue comme le rapprochement entre les banques et les compagnies d'assurances pour constituer des pôles financiers plus forts permettant notamment de renforcer les métiers de la gestion d'actifs et le réseau de distribution de produits d'assurances.

D'autres auteurs<sup>5</sup> regardent le rapprochement entre les entreprises des secteurs bancaire et de l'assurance la combinaison qui a donné naissance à des stratégies de «bancassurance» ou «d'assurfinance».

La bancassurance est, également, considérée comme un lien d'affaires entre le secteur bancaire et financier avec les assureurs<sup>6</sup>; ce lien d'affaires se matérialise selon différentes formes dont les plus répandues sont:

- le contrôle des plus grandes entreprises d'assurances par les grandes institutions bancaires et financières du pays;
- la participation stratégique des entreprises d'assurances dans les capitaux des banques de la place;
- et enfin les accords de partenariat pour la commercialisation des produits d'assurances par les réseaux de distribution bancaire et inversement.

La bancassurance est un concept européen résultant de la fusion de deux termes, banque et assurance. Elle désigne l'intégration d'activités de banques et d'assurances<sup>7</sup>.

C'est aussi un produit qui vient agrémente l'offre classique des banques par la diversification des services liés à leurs produits de base<sup>8</sup>.

La doctrine française considère la bancassurance comme une activité de distribution d'assurance aux guichets des banques. Toutefois, cette définition restreint le champ d'activité de la distribution de l'assurance aux seuls réseaux bancaires en occultant d'autres réseaux présentant des caractéristiques similaires, tels que la poste et le trésor public. Aussi, ne permet-elle pas de préciser si les produits d'assurances commercialisés par l'organisme bancaire ou sa filiale captive sont conçus par lui ou par un assureur extérieur dans le cadre d'un accord de distribution<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> OUCHEKKIR, *Op. cit.*, 142.

<sup>6</sup> IKEN, *La modernisation du système de surveillance et du contrôle de la solvabilité des assurances au Maroc, cas des placements*, mémoire de fin d'étude pour l'obtention du master, Université Mohammed V, Rabat, 2008, 9.

<sup>7</sup> SIDLAMINE, *Le marketing des assurances*. Mémoire de master, Faculté des Sciences juridiques, économiques et sociales, Université Mohammed V, Rabat, 2006, 29

<sup>8</sup> SIDLAMINE, *Op. cit.*, 31.

<sup>9</sup> BORDERIE - LAFITTE, *La bancassurance: Stratégie et perspective en France et en Europe*, Paris, 2004, 47-48.

Pour d'autres, la bancassurance est envisagée comme un mode de distribution de produits aux guichets des banques, des établissements financiers et de la grande distribution par le biais de ses filiales financières<sup>10</sup>.

Selon Denis Kessler<sup>11</sup> rapprocher banques et assurances revient à tirer parti des complémentarités qui existent entre les clientèles et des possibilités offertes d'élargir les services respectifs des deux activités. «le fait que les avantages et les inconvénients des banques et des assurances ne se recouvrent pas, que la banque dispose d'avantage que l'assurance n'a pas et réciproquement, entraîne des synergies possibles: s'il est possible d'allier la force de vente ou la capacité financière de l'assurance avec l'importance du réseau, la qualité de l'encadrement, la maîtrise technologique ou l'image dans le public de la banque, ceci signifie bien entendu que les rapprochements auront des effets multiplicateurs».

Au Maroc les banques ont utilisé ce qu'on appelle les captifs de banque; Le concept de cabinets captifs a fait son apparition après la période de gel qui a touché la délivrance de l'agrément relatif à l'exercice d'intermédiaires en assurances durant la période de 1989 à 2002 année de la promulgation de loi 17-99 relative au code des assurances. L'octroi de nouvelles autorisations d'agréments après la période de gel susmentionnée a vu les banques créer leurs cabinets captifs<sup>12</sup>.

Cet état de fait, fait suite à la limitation des banques, de par la réglementation, à la présentation uniquement de certains produits d'assurances. A cet effet, se voyant exclus, de la souscription d'assurances dommage et aussi du bénéfice de la rétribution relative à la souscription d'assurance groupe, les banques se sont vues contraintes de contourner cette réglementation.

Ainsi, donc pour pouvoir présenter des produits d'assurances autres que ceux que la réglementation a pu leur accorder et le désir des banques de bénéficier et de diversifier leurs ressources a donné naissance à ce concept de cabinet captif. Le mot captif, vient du fait de capter la clientèle, dans ce sens les banques, se considérant ayant un droit sur leur clientèle ont cherché à capter celle-ci, par le biais de cabinets captifs.

Dans ce qui suit, il sera question de présenter les modèles de bancassurance au Maroc.

## 2.2. Modèles de bancassurance au Maroc

La bancassurance est le résultat du rapprochement banque-assurance. Les conséquences de ce rapprochement sont différentes selon que celui-ci aura été réalisé sous la forme d'accord de coopération commerciale, de prise de participation ou de création d'une filiale

---

<sup>10</sup> BORDERIE - LAFITTE, *Op. cit.*, 48.

<sup>11</sup> Cité dans OUCHEKKIR, *Op. cit.*, 133.

<sup>12</sup> RAHAL, *La distribution des produits d'assurances au Maroc tendances et défis*, Rabat, 2013.

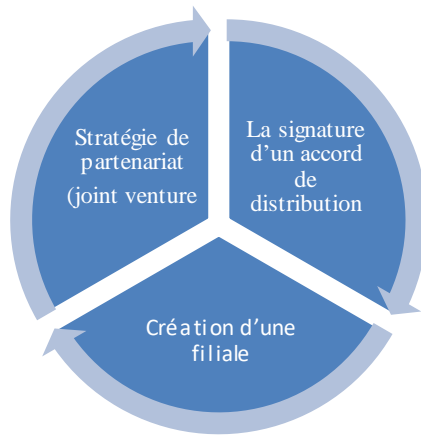


Figure 1: Modèles de la bancassurance

**i. Accord de coopération entre la banque et la compagnie d'assurance**

La coopération fut la première étape pour la mise en œuvre d'un rapprochement entre les deux secteurs. Elle consiste en la conclusion d'accord de commercialisation des produits de l'assurance par les guichets des banques.

Cette stratégie permet l'élargissement de l'offre de produits d'épargne au-delà des produits bancaires, elle permet aussi à la banque d'optimiser l'exploitation de leurs fichiers de clientèle. Au Maroc, la coopération commerciale banque et compagnies d'assurance, relève principalement de simples accords commerciaux dont l'objectif est la rentabilisation du réseau de distribution de la banque et l'accès pour l'assureur à une clientèle plus importante et plus solvable.

Le tableau 1, ci-après, retrace quelques partenariats entre banques et compagnie d'assurance au Maroc:

Banques	Compagnies d'assurance
Attijariwafa Bank	Wafa assurance
Banque populaire	SAHAM assurance / Axa assurance
BMCE	Royale Marocaine d'assurance (RMA) / Al Wataniya
Société Générale	Al Wataniya / La marocaine vie
Banque Marocaine pour le Commerce et l'Industrie (BMCI)	Axa assurance / Al wataniya / Issaf
Crédit du Maroc	Axa assurance / Atlanta
Crédit Immobilier et Hôtelier (CIH)	Axa assurance

Table1: partenariats entre banques et compagnie d'assurance au Maroc

### **ii. La prise de participation stratégique entre la banque et la compagnie d'assurance**

La signature d'un partenariat avec prise de participation stratégique entre la banque et la compagnie d'assurance est une forme de bancassurance plus engagée. Les prises de participation constituent un moyen de stabiliser la relation commerciale et permettent d'élaborer une stratégie de commercialisation commune et durable entre les deux entités. Les participations des compagnies d'assurance dans les banques ont été beaucoup plus nombreuses que celles d'établissements bancaires dans des sociétés d'assurance.

### **iii. La création ou l'acquisition majoritaire de filiales**

La mise en place d'une filiale d'assurance par la banque peut être soit sous forme d'une entreprise soit d'un cabinet de courtage d'assurance. Cette stratégie nécessite des investissements importants dans le développement des compétences et des infrastructures adaptées. Cette formule est coûteuse, mais en cas de succès, les retombées financières reviennent à l'établissement initiateur

## **3. Le cadrage juridique et réglementaire de la bancassurance apporte par le législateur et le régulateur l'ACAPS**

La bancassurance associe deux partenaires à savoir les banques et compagnies d'assurances, deux acteurs du secteur financier qui partagent l'objectif principal faire du profit à travers la vente des produits d'assurance à travers le réseau des agences bancaires.

D'ailleurs les deux activités sont soumises à des régimes juridiques propres qui accordent à chacune une exclusivité de principe. La bancassurance s'est construite dans le respect des règles du droit bancaire, mais est ce que les banques ont transgressées les prescriptions du code des assurances à savoir la loi 17-99 et ses textes d'applications. L'examen du cadre juridique nous permettra de voir dans quelle mesure les banques peuvent vendre des contrats d'assurances.

### **3.1. Avant le 07 novembre 2002: la loi bancaire de 1993**

Les articles 1 à 12 de la loi bancaire de 1993<sup>13</sup> délimitent les opérations que peuvent effectuer lesdits établissements. L'intermédiation en assurance n'y figure absolument pas.

Cet état de fait, n'a pas empêché les banques de placer les produits correspondants. D'un point de vue de l'orthodoxie, les banques opéraient donc «illégalement» et la loi bancaire n'était pas respectée au sens strict. Cependant, le 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article 6 de la loi précitée allait être une échappatoire pour les banques. En effet, il dispose que les établissements de crédit peuvent aussi effectuer, sous réserve du respect des dispositions législatives et réglementaires applicables en la matière, les opérations connexes à leur activité, tels que «le placement, la souscription, l'achat, la gestion, la garde et la vente de valeurs mobilières ou de tout produit financier». Les banques justifiaient donc leur

---

<sup>13</sup> Cfr. dahir portant loi n. 1-93-147 du 15 moharrem 1414 (6 juillet 1993) relatif à l'exercice de l'activité des établissements de crédit et de leur contrôle.

position en se présentant en tant que simples souscripteurs de produits d'assurance pour le compte de leurs clients, du moment que l'assurance est un service financier.

Cette situation ambiguë et confuse arrangeait en fait les trois acteurs que sont les assurances, les établissements de crédits et la banque centrale. Les premiers trouvaient dans les banques un réseau de proximité, géographiquement bien implanté et disposant d'un portefeuille-clients important pour vendre leurs produits. Les établissements bancaires généraient des bénéfices considérables grâce aux rémunérations facturées aux clients, satisfaisant ainsi la banque centrale soucieuse entre autres du dynamisme du secteur bancaire et financier.

### **3.2. Après le 7 novembre 2002: le nouveau code des assurances**

Les anciens textes qui datent des années 1930-1940 ne prévoyaient pas la bancassurance (vide juridique), en revanche le code des assurances en 2002<sup>14</sup> a introduit ce terme pour la première fois; ce nouveau code est venu clarifier l'ambiguïté légale sur le rôle des banques en matière d'assurance.

#### *Les zones de perméabilité de la bancassurance*

Sur la base entre autre des articles 5, 6 et 7 et suivant de la loi bancaire n. 1-93-147 du 15 moharrem 1414 (6 juillet 1993) relatif à l'exercice de l'activité des établissements de crédit et de leur contrôle: «Les établissements de crédit peuvent aussi effectuer, sous réserve du respect des dispositions législatives et réglementaires applicables en la matière, les opérations connexes à leur activité». Cette connexité a permis aux banques de contourner la réglementation et de souscrire des contrats d'assurance. Donc à chaque fois que la banque peut démontrer la relation d'un contrat d'assurance avec une opération bancaire, celle-ci peut être qualifiée de connexe. Et ces produits peuvent être obligatoires ou volontaire comme par exemple assurance de personne, assurance-crédit et l'assistance.

#### *La réponse donnée par le code des assurances*

L'exercice de la présentation des opérations d'assurances étant une activité réglementée, les nouveaux intervenants n'y échappent pas.

En effet, l'article 289 de code des assurances stipule: «les opérations d'assurances autres que celles afférentes aux assurances de personnes, à l'assistance et à l'assurance-crédit, ne peuvent être présentées aux banques que par les intermédiaires d'assurances définis à l'article 291».

D'ailleurs le législateur dans son article 306 al 1 du code des assurances, précise que ces trois nouveaux distributeurs ne peuvent présenter que certaines opérations d'assurances et après l'obtention d'un agrément de l'administration.

Les opérations que peuvent présenter les banques (y compris Al Barid Bank) sont les assurances de personnes, l'assistance et l'assurance-crédit alors que le législateur a autorisé, en 2011, les sociétés de financement à présenter à leurs clients les opérations d'assurances décès et invalidités adossées aux opérations de crédits et/ou de crédit -bail.

---

<sup>14</sup> Dahir n. 1-02-238 du 25 rejeb 1423 (3 octobre 2002) portant promulgation de la loi n. 17-99 portant code des assurances, Bulletin officiel n. 5054 du 2 ramadan 1423 (7 novembre 2002).

Quant à l'obtention de l'agrément, c'est l'al. 1 de l'art. 49 du décret n. 2-08-457 du 3 jourmada II 1430 (28 mai 2009) qui stipule que c'est la DAPS<sup>15</sup> (devenu par la suite l'ACAPS) qui est chargé d'octroyer ledit agrément.

L'alinéa 2 de l'article 49 du décret susmentionné précise les pièces à fournir pour l'obtention de cet agrément. Ci-après la liste des pièces:

- une demande d'agrément spécifiant la ou les opérations d'assurances sollicitées;
- la liste des agences proposées pour présenter les opérations d'assurances jointe à la demande d'agrément;
- la liste des salariés responsables désignés au sein de chaque agence pour prendre en charge la clientèle.

Toutefois, à la lecture de de l'article 306 al. 2 du code des assurances, une légère nuance subsiste quant à l'obtention de cet agrément par les banques, les sociétés de financement et les associations de micro-crédit du fait que les banques, les sociétés de financement, pour l'obtention de l'agrément, doivent justifier à l'ACAPS de l'existence de structures au niveau de leurs services destinées à présenter des opérations d'assurances.

Selon l'article 306 al.4, et dans le cadre de l'activité de présentation des opérations d'assurances, les nouveaux distributeurs sont soumis aux mêmes dispositions des articles 297, 298, 302, 304 (1<sup>er</sup> paragraphe du 2) du 2<sup>ème</sup> alinéa, 309, 311, 313, 315, 316, 318 et 320 à 328 du livre IV, de la loi 17-99 portant code des assurances qui sont observées par les intermédiaires d'assurances.

De ce même article 306, alinéa 4 on dégage plusieurs aspects dont certains touchent aux conditions d'exercices et se présentent comme suit:

Les nouveaux distributeurs représentent leurs clients auprès des entreprises d'assurances et de réassurance en ce qui concerne le placement des risques. Toutefois, cette représentation est censée s'opérer également pour le compte de l'entreprise d'assurances et de réassurance dans l'hypothèse où celle-ci autorise les dits distributeurs à encaisser les primes à son profit, ce qui nous rappelle l'aspect de double casquette que les sociétés de courtage peuvent avoir. A cet effet, l'encaissement de la prime par les nouveaux distributeurs est libératoire pour les clients qu'ils représentent.

La rémunération qui est en fin de compte l'essence même de la présentation recherchée par ces nouveaux distributeurs est basée sur l'octroi d'une commission comme moyen de paiement.

Or pour les contrats d'assurance groupe, les banques ne peuvent que souscrire ces contrat sans rétribution ni rémunération, puisque l'article 109 du code des assurances le dit clairement. Donc, Les établissements bancaires ne peuvent plus commercialiser les produits bancassurance dans le cadre d'un contrat groupe négocié avec les compagnies, toutes catégories confondues. Les contrats doivent être dorénavant

---

<sup>15</sup> Direction des Assurances et de la Prévoyance Sociale, ancienne direction sous la tutelle du ministère des finances qui a été transformé par la suite en une autorité indépendante l'ACAPS (Autorité de Contrôle des Assurances et de la Prévoyance Sociale).

individualisés, donc pour être conforme à l'article 109 afin de percevoir des rétributions il faut transformer tous les contrats groupes en contrats individuels.

Pour remédier à cet état de fait, Les établissements bancaires ont créé leurs propres bureaux de courtage. Il s'agit de cabinets «captifs», visant à contourner l'article 109 et de leur permettre de percevoir des commissions et de pouvoir commercialiser n'importe quel type de produit d'assurance. Ainsi les banques préservent les revenus des activités bancassurance.

D'ailleurs, la nouvelle loi bancaire n°103-12 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés a pris dans son article 7: «La présentation au public des opérations d'assurance de personnes, d'assistance, d'assurance-crédit et toute autre opération d'assurance, conformément à la législation en vigueur»<sup>16</sup>.

En effet, l'article 7 stipule:

*«Les établissements de crédit peuvent également effectuer, sous réserve du respect des dispositions législatives et réglementaires applicables en la matière, les opérations ci-après:*

- 1) les services d'investissement visés à l'article 8;*
- 2) les opérations de change;*
- 3) les opérations sur or, métaux précieux et pièces de monnaie;*
- 4) la présentation au public des opérations d'assurance de personnes, d'assistance, d'assurance-crédit et toute autre opération d'assurance, conformément à la législation en vigueur;*
- 5) les opérations de location de biens mobiliers ou immobiliers, pour les établissements qui effectuent, à titre habituel, des opérations de crédit-bail».*

On constate que le législateur est revenu à travers la nouvelle loi bancaire à clarifier la position des établissements bancaire et la rendre en phase avec les dispositions du code des assurances en matière de présentation des opérations d'assurances par les banques.

Toujours à travers l'article 306 du code des assurances, le pouvoir exécutif a pu introduire de nouveaux intervenants dans le champ de présentation des opérations d'assurances respectivement en 2007 et 2011. En effet les associations de micro-crédit introduites en 2007 par l'amendement de l'art 306 du code des assurances et les sociétés de financement en 2011 sur la base du dernier alinéa de l'art 306 qui stipule «A titre exceptionnel, des personnes autres que celles visées à l'article 289 et au premier alinéa de l'art 306, peuvent être autorisées par l'Autorité à présenter au public des opérations d'assurances dans les conditions prévues par circulaire de l'Autorité». A notre sens le débat législative et parlementaire est clos et ce n'est que l'autorité qui a le premier et dernier mot dans la possibilité d'introduire de nouveau intervenants, pouvoir excessif donnée à l'entité administrative (ACAPS) supervisé par le pouvoir exécutif.

Toujours, à travers ce dispositif, à savoir l'article 306 du code des assurances, l'ACAPS en 2021 a de nouveau autorisé un nouvel acteur à présenter les opérations

---

<sup>16</sup> Voir Dahir n. 1-14-193 du 1<sup>er</sup> Rabii I 1436 (24 décembre 2014) Telle qu'elle a été modifiée et complétée par: la loi n. 44-20 modifiant et complétant la loi n. 103-12 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés promulguée par le Dahir n°1-20-74 du 4 hija 1441 (25 juillet 2020); Bulletin Officiel n. 6918 du 28 moharrem 1442 (17 septembre 2020).

d'assurance à savoir les établissements de paiement. Les établissements de paiement agréés en vertu de la loi n° 103-12 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés, sont autorisés selon les conditions fixées par la circulaire de l'ACAPS n. AS/01/21, à présenter au public les opérations d'assurances sur la capitalisation, le décès, la maladie-maternité, les accidents corporels, l'assistance, l'incendie, le bris de machines, le vol et les dégâts des eaux, remplissant les conditions présentées dans le tableau 2.

	Objet et conditions	Prime annuelle maximale (en DH)	
1 - Assurances décès	Toute opération d'assurances adossée à un micro-crédit et ayant pour objet le versement du capital restant dû en cas de décès ou d'invalidité de l'assuré emprunteur	-	
	Toute opération "Temporaire au décès" ayant pour objet le versement du capital ou de la rente fixé au contrat en cas de décès ou d'invalidité de l'assuré non-emprunteur	300	
2 - Assurances maladie-maternité	Toute opération d'assurance maladie ayant pour objet le versement d'indemnités journalières en cas d'hospitalisation suite à une maladie, et/ou à un accident et/ou à un accouchement	300	
3 - Accidents corporels	Toute opération d'assurance ayant pour objet le versement d'un capital ou d'une rente en cas d'incapacité permanente ou en cas de décès de l'assuré suite à un accident corporel	200	
4 - Assistance	Toute opération d'assurance ayant pour objet l'octroi de prestations d'assistance aux personnes en difficulté ou le versement: • d'un montant forfaitaire en cas d'hospitalisation de l'assuré ne dépassant pas 10.000 dirhams; • d'une participation aux frais funéraires en cas de décès de l'assuré ne dépassant pas 15.000 dirhams	200	
5 - Capitalisation	Toute opération de capitalisation où: • les frais et chargements de gestion sont nuls; • aucune pénalité n'est prévue en cas de rachat; • aucune limite de prime mensuelle n'est exigée; • les frais d'acquisition sont mentionnés au contrat	10000	
6 - Autres opérations d'assurances: l'incendie, le bris de machines, le vol et les dégâts des eaux	Toute opération d'assurance contre les risques d'incendie, de bris de machines, de vol et des dégâts des eaux couvrant les dommages subis par les biens autres que les véhicules terrestres à moteur dans l'un des deux cas suivants:	Assuré particulier	Assuré professionnel
	• l'incendie, l'explosion, les dégâts des eaux ou le vol;	250	300
	le bris de machine, et l'incendie ou l'explosion ou les dégâts des eaux ou le vol.		400

Tableau 2: Objet et conditions de présentation des opérations d'assurances

#### 4. Place de la bancassurance dans le réseau de présentation des opérations d'assurance au Maroc

Procéder à une évaluation détaillée et évolutive de la place et du poids de la bancassurance dans la distribution des produits d'assurances au Maroc est primordial pour analyser le degré de son influence sur le marché de la présentation des opérations d'assurance. Les éléments recueillis nous permettront d'avoir une idée sur l'importance et les dernières évolutions de ce phénomène, et cela sur la base des apports réglementaires apportés par le législateur, le régulateurs l'ACAPS et le ministère de l'Economie et des finances acteurs incontournable en matière d'édition d'arrêté et de décret d'application outils nécessaires pour un cadrage juridique adéquat et ainsi voir son impact sur le marché de présentation des opérations d'assurances.

Pour traiter cet aspect, on procédera de manière détaillée à étudier les points suivants:

- I. Evolution de l'implantation d'agences bancaires;
- II. Contribution réelle du secteur bancaire et analyse de l'évolution des souscriptions;
- III. Les émissions par les associations de micro-crédit et les sociétés de financement.

##### 4.1. Evolution de l'implantation d'agences bancaires en 2020

Le présent paragraphe a pour objet, de rendre compte de l'évolution de l'implantation d'agences bancaires et leurs réseaux de guichets bancaires selon le rapport de la Bank Al-Maghrib (BAM).

La BAM a présenté dans ce sens des chiffres exacts dans son examen d'étude de l'évolution de cette implantation et de cette bancarisation. Ces chiffres représentent la période fluctuante entre 2007 et 2020;

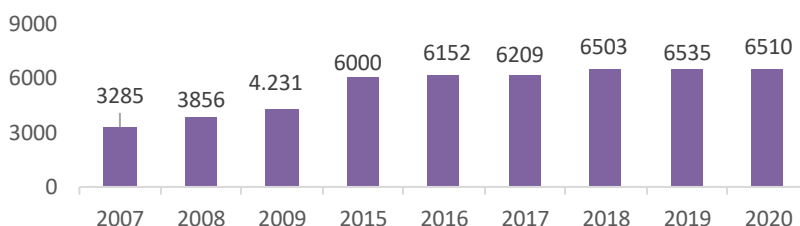


Figure 2: Evolution de l'implantation des agences bancaires

L'examen des états annexes actualisés de BAM a permis d'établir que le nombre total d'agences a largement progressé, passant de 3.285 agences en 2007 à 6.510 en 2020, et alors presque le double du nombre d'agences durant une période de 14 ans.

Le réseau bancaire autorisé par l'ACAPS à présenter les 13,1% d'opérations d'assurances se compose de 6 021 agences en 2020. La région de Casablanca-Settat concentre 29,4% des agences bancaires, suivie de la région de Rabat-Salé-Kenitra et la région de Fès-Meknès, avec respectivement 15,4% et 13,1%.

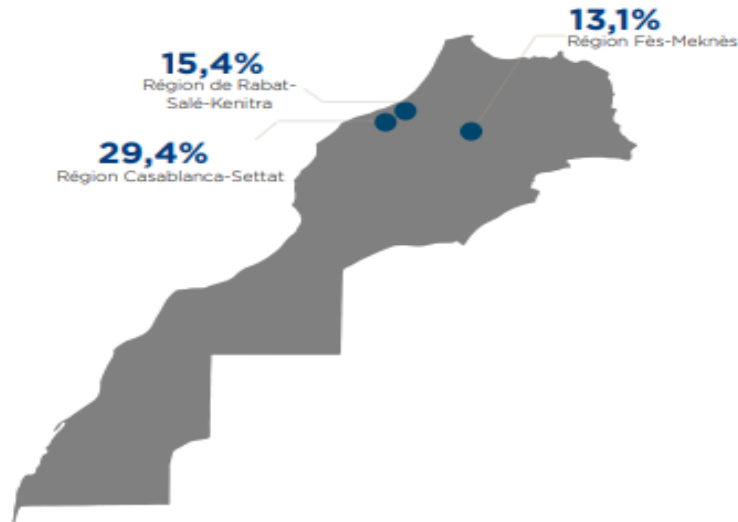


Figure 3: Répartition géographique des banques autorisées par l'ACAPS

Il faut noter que sur les 6510 agences bancaires agréées, en 2020, pour les activités bancaires par BAM, seuls 6021 agences sont autorisées par l'ACAPS à présenter les opérations d'assurances.

Le nombre total d'agences autorisées à présenter les opérations d'assurance a largement progressé, en 2020, s'établissant à 6.021 unités contre 3.856, en 2008, soit 2.165 guichets supplémentaires.

Après avoir analysé le nombre d'agences bancaires et son évolution qui est l'un des instruments sur lequel s'appuie la bancassurance nous allons nous focaliser, dans ce qui suivra, sur la part de marché que la bancassurance représente en matière de présentation des assurances; primes émises et commissions y afférentes.

#### 4.2. Contribution du secteur bancaire et analyse de l'évolution des souscriptions

Le marché de la bancassurance est animé par 11 banques, 3 sociétés de financement et une association de micro-crédit. Cette activité se concentre sur les assurances de personnes, l'assistance et l'assurance-crédit.

*a) Volume de primes et commissions d'assurances générés par le secteur bancaire*

##### *a.1 les primes:*

Le volume des primes d'assurances drainées par le réseau des banques, des sociétés de financement et des associations de micro-crédit s'est établi à 18,3 milliards de dirhams en 2022 (rapport d'activité ACAPS 2022) contre 4,14 milliards de dirhams en 2008 (rapport d'activité DAPS/MEF). C'est une évolution fulgurante du volume des primes collectées par le secteur bancaire.

Selon le rapport de l'ACAPS en 2022, les assurances vies et capitalisation continuent de dominer cette activité avec une production de 17,6 milliards de dirhams représentant 96,4% de la collecte en bancassurance. Quant aux autres segments, composés de «l'assistance», du «crédit» et de «la maladie et accidents corporels», leur contribution reste modeste avec une part de 3,6% et un volume de primes d'assurance de 0,6 milliard de dirhams. Ce volume est essentiellement réalisé en assistance.

Le secteur bancaire demeure le plus dynamique dans la distribution des produits de bancassurance puisqu'il capte 18,3 milliards de dirhams des primes et concentre plus de 99,6% de l'apport de cette activité, au moment où les sociétés de financement et les associations de micro-crédits ne génèrent que 73,2 millions de dirhams. Ceci est à notre sens faible par rapport à ce que devrait générer ces canaux de distribution.

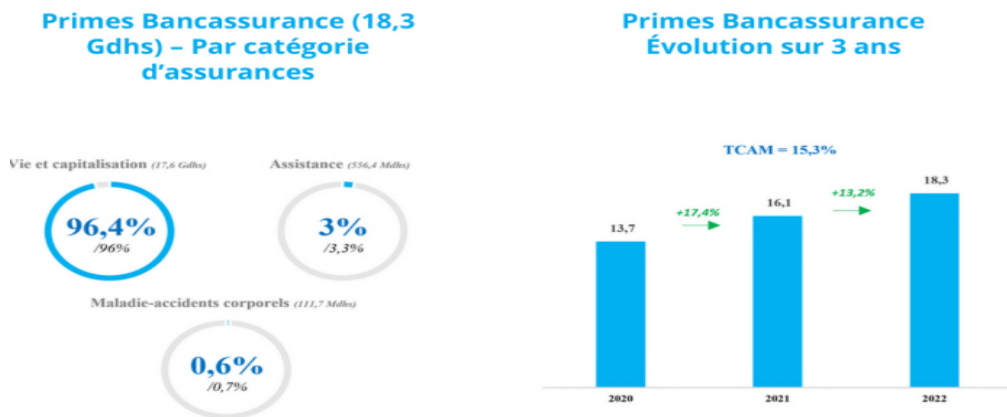


Figure 4: Chiffres clé de la bancassurance en 2022, source l'ACAPS

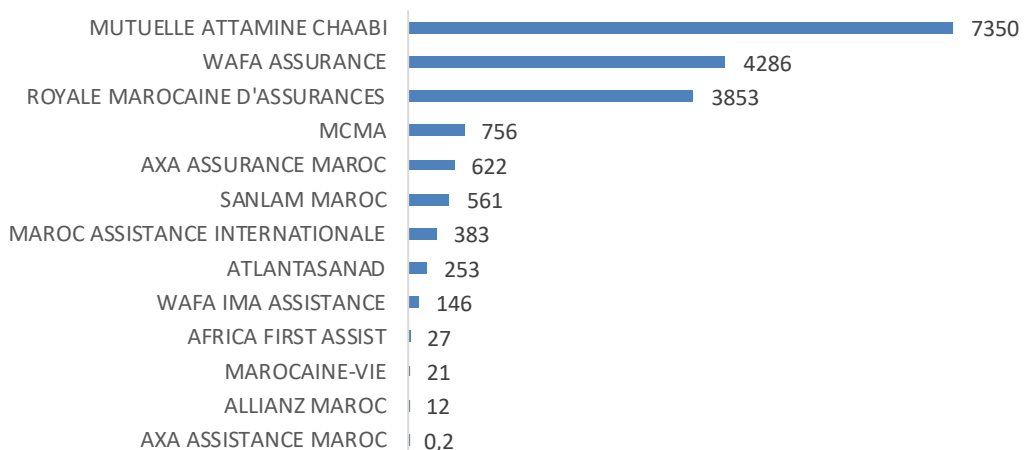


Figure 5: Primes Bancassurance en 2022 ventilation par Entreprises d'assurances et de réassurance (en MDH)

L'activité de la bancassurance a été dynamique depuis plus d'une quinzaine d'année. La consolidation des états retraçant les émissions globales de primes relatives aux opérations présentées par les banques fait ressortir un accroissement considérable pour une période d'analyse de 15 ans. Le montant total des primes émises en 2022 s'établit à 18,3 milliard de dirhams (MDH) contre 4,14 MDH, en 2008. A titre de comparaison, pour l'ensemble du marché, les émissions relatives à ces opérations ont enregistré une hausse de 342 % durant une période de 15 ans.

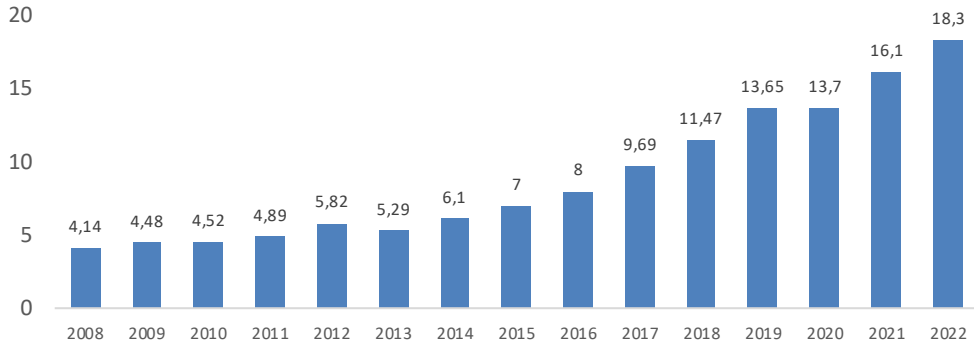


Figure 6: Evolution des primes bancassurance de 2008 à 2022 (MDH)

En 2022 la structure du chiffre d'affaires générés par la bancassurance reste dominée par les assurances vie et capitalisation qui génèrent 17,6 milliards de dirhams et représentent 96,4% de la collecte<sup>17</sup>.

Pour ce qui est de la répartition des primes collectées entre les différents acteurs bancaire, au titre de 2022, celle-ci se présente selon le graphique ci-après:

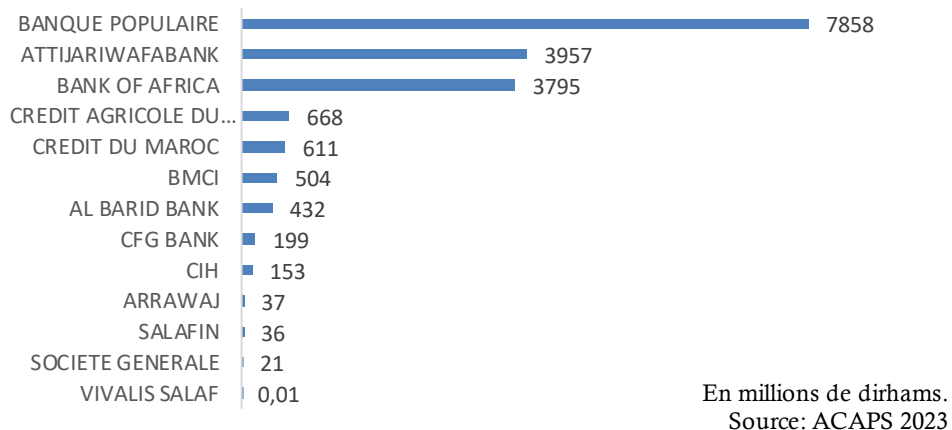


Figure 7: Primes Bancassurance en 2022 - Ventilation par banque/SF/AMC

<sup>17</sup> Cfr. Rapport d'activité ACAPS, 2022

Dans ce qui suit il sera question de faire ressortir les primes émises par le secteur bancaire. Le tableau suivant retrace les primes émises allouées aux banques durant la période 2016 et 2022 ainsi que la part du chiffre d'affaire de chaque banque en la matière en 2022.

Banques	Primes annuelles banques						
	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
1. BANQUE POPULAIRE	1454,2	2314,7	3465,4	4721,1	5859,9	6613,6	7858,3
2. ATTIJARRIWABA BANK	3005,4	3283,9	3512,2	3780,2	3061,0	3568,7	3957,1
3. BMCE BANK OF AFRICA	2038,8	2293,8	2562,4	2935,8	2961,4	3576,6	3795,5
4. CREDIT AGRICOLE DU MAROC	177,7	178,9	231,4	259,5	276,5	468,7	668,2
5. CREDIT DU MAROC	704,3	983,1	986,5	1022,2	676,7	636,7	610,5
6. BMCI	191,0	198,9	205,0	338,0	316,2	485,8	503,8
7. AL BARID BANK	260,3	243,6	292,9	318,8	326,7	385,6	431,9
8. CFG BANK	0,3	2,2	4,4	6,4	6,4	178,1	198,6
9. CIH	125,3	151,4	173,4	184,0	186,4	153,8	153,1
10. SOCIETE GENERALE	46,3	45,2	41,8	83,2	32,4	24,6	20,8
<b>Total général</b>	<b>8003,5</b>	<b>9695,7</b>	<b>11475,4</b>	<b>13649,2</b>	<b>13703,8</b>	<b>16092,1</b>	<b>18197,9</b>

Tableau 3: Primes allouées aux banques entre 2016 et 2022 (en millions de dirhams)

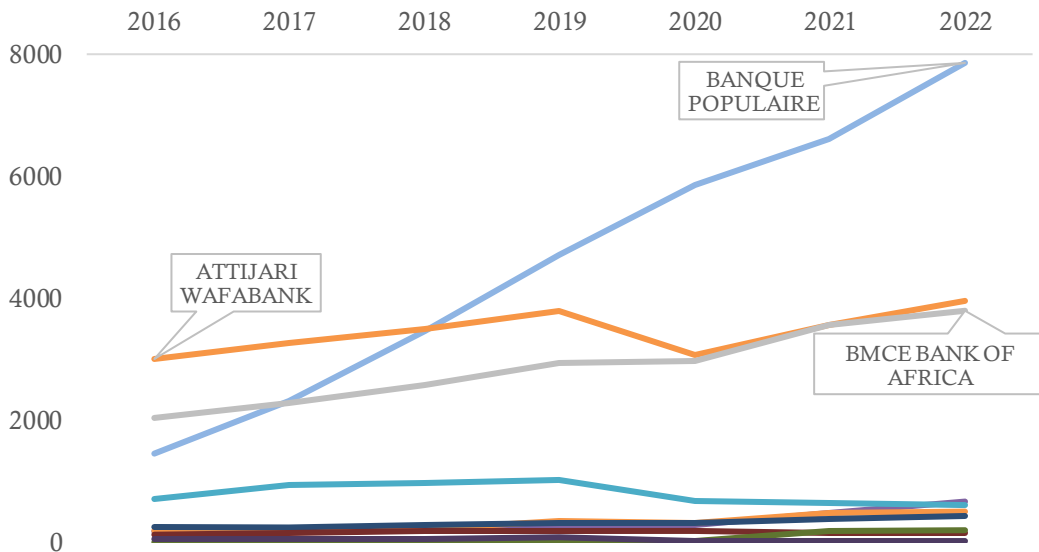


Figure 8: Evolution des primes encaissées par banque (en MDH)

On constate que trois banques de la place se partagent la quasi-totalité du marché à savoir la Banque Populaire qui arrive en premier, suivi de Attijari-wafabank et en troisième position Bank Of Africa, elle totalisent toutes les trois

15610,9 MDH représentant 85,78 % de part de marché en matière de bancassurance, les autres banques toutes confondues totalisent moins 15% de part de marché ce qui démontre une stagnation de leur stratégie Bancassurance.

#### a.2 Production des banques par catégorie d'assurance

Les tableaux suivants, présentent la production des banques par catégorie d'assurance, il retrace les primes émises par les banques en matière d'assistance, de maladie-accidents corporels, vie et capitalisation ainsi que du crédit pour les exercices 2019 et 2020. On y trouve également le récapitulatif des Parts de marché des assureurs en matière de bancassurance au titre des exercices 2019 et 2020 (Rapport ACAPS 2019 et 2020).

En millions de dirhams

Banques	Assistance			Maladie - Accidents corporels			Vie et capitalisation			Crédit			Total 2020
	2019	2020	Variation 2020/19	2019	2020	Variation 2020/19	2019	2020	Variation 2020/19	2019	2020	Variation 2020/19	
BANQUE POPULAIRE	447,5	386,6	-13,61%	0,0	0,0	-	4 273,6	5 473,3	28,07%	0	0	-	5 859,9
ATTIJARIWAFABANK	141,5	123,2	-12,93%	85,2	0,0	-100,00%	3 553,6	2 937,8	-17,33%	0	0	-	3 061,0
BMCE BANK OF AFRICA	0,0	0,0	-	13,3	19,9	49,62%	2 868,7	2 941,5	2,54%	53,9	0	-	2 961,4
CREDIT DU MAROC	13,2	12,3	-6,82%	7,1	7,8	9,86%	1 001,9	656,6	-34,46%	0	0	-	676,7
AL BARID BANK	2,2	1,7	-22,73%	53,3	39,9	-25,14%	263,3	285,1	8,28%	0	0	-	326,7
BMCI	9,7	7,5	-22,68%	1,8	5,2	188,89%	326,5	303,5	-7,04%	0	0	-	316,2
CREDIT AGRICOLE	7,8	4,1	-47,44%	0,0	0,0	-	251,7	272,4	8,22%	0	0	-	276,5
CIH BANK	20,4	14,2	-30,39%	0,0	0,0	-	163,6	172,2	5,26%	0	0	-	186,4
SGMB	0,0	0,0	-	15,4	17,6	14,29%	67,8	14,8	-78,17%	0	0	-	32,4
CFG BANK	0,0	0,0	-	1,2	1,3	8,33%	5,2	5,1	-1,92%	0	0	-	6,4
CDG CAPITAL	0,0	0,0	-	0,0	0,0	-	0,0	0,3	-	0	0	-	0,3
<b>TOTAL GENERAL</b>	<b>642,4</b>	<b>549,7</b>	<b>-14,43%</b>	<b>177,2</b>	<b>91,7</b>	<b>-48,25%</b>	<b>12 775,8</b>	<b>13 062,8</b>	<b>2,24%</b>	<b>53,9</b>	<b>0</b>	<b>-100,00%</b>	<b>13 704,1</b>

Tableau 4: Part de marché des productions consolidées des banques par catégorie d'assurance

Entreprise d'assurance	Primes vie bancassurance				Primes émises totales 2020	% Bancassurance
	2019	2020	Variation 2020/2019	Part de marché		
WAFABANK	3887,1	3279,3	-15,6%	25,1%	8374,2	39,2%
RMA	2992,6	2991,2	0,0%	22,9%	6876,0	43,5%
MUTUELLE ATTAMINE CHAABI	4161,0	5242,6	26,0%	40,1%	5787,3	90,6%
SAHAM ASSURANCE	821,1	551,6	-32,8%	4,2%	5126,0	10,8%
AXA ASSURANCE	347,5	319,9	-8,6%	2,4%	7871,7	6,6%
MCMA	339,8	494,5	45,5%	3,8%	1798,0	27,5%
ATLANTASANAD	158,8	168,9	6,4%	1,3%	4937,6	3,4%
MAROCAINE VIE	67,8	14,8	-78,1%	0,1%	2158,2	0,7%
ALLIANZ	0,0	0,0	-	0,0%	1572,3	0,0%
MAROCAINE VIE	67,8	14,8	-78,1%	0,1%	2158,2	0,7%
<b>TOTAL GENERAL</b>	<b>12775,8</b>	<b>13062,8</b>	<b>2,2%</b>	<b>100%</b>	<b>41501,3</b>	<b>31,5%</b>

Tableau 5: Part de marché des assureurs en matière de bancassurance

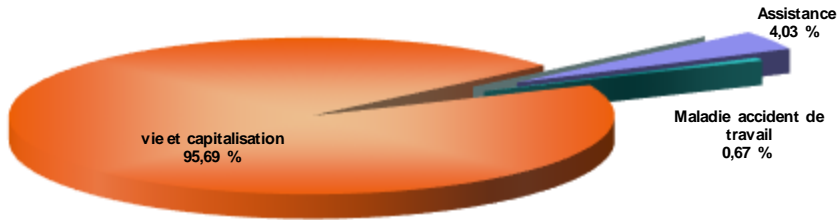


Figure 9: Part de marché des productions consolidées des banques par catégorie d'assurance en 2020

Le tableau 6, présente la production des banques par catégorie d'assurance, il retrace les primes émises par les banques en matière d'assistance, de maladie-accidents corporels ainsi que vie et capitalisation pour les exercices 2021 et 2022.

Banques	Assistance			Maladie - Accidents corporels			Vie et capitalisation			Total 2022
	2021	2022	Variation 2022/2021	2021	2022	Variation 2022/2021	2021	2022	Variation 2022/2021	
BANQUE POPULAIRE	382,8	380,5	-0,6%	-	-	-	6230,8	7477,8	20%	7858,3
ATTIJARRIWAFA BANK	120,8	137,6	14,4%	58,8	61,5	4,5%	3389,6	3758,0	10,9%	3957,1
BMCE BANK OF AFRICA	-	-	-	18,3	18,8	2,4%	3558,3	3776,7	6,1%	3795,5
CREDIT AGRICOLE DU MAROC	15,6	16,9	8,4%	-	-	-	453,1	651,3	43,8%	668,2
CREDIT DU MAROC	2,5	2,7	9,0%	2,0	-	NS	632,2	607,8	-3,9%	610,5
BMCI	8,5	9,0	6,4%	7,5	13,1	75,0%	469,8	481,7	25%	503,8
AL BARID BANK	5,7	9,5	67,1%	1,7	1,6	-5,1%	378,2	420,7	11,3%	431,9
CFG BANK	0,1	0,2	NS	1,3	1,3	-	176,7	197,1	11,5%	198,6
CIH							153,8	153,1	-0,4%	153,1
SOCIETE GENERALE				13,6	15,5	13,8%	11,0	5,4	-51,3	20,8
<b>Total général</b>	<b>535,4</b>	<b>556,4</b>	<b>3,9%</b>	<b>103,2</b>	<b>111,7</b>	<b>8,3%</b>	<b>15453,5</b>	<b>17529,7</b>	<b>13,4%</b>	<b>18197,9</b>

Tableau 6: production des banques par catégorie d'assurance (en million de dirhams)

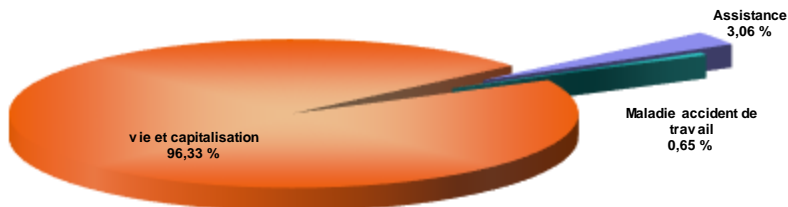


Figure 10: Part de marché des productions consolidées des banques par catégorie d'assurance en 2022

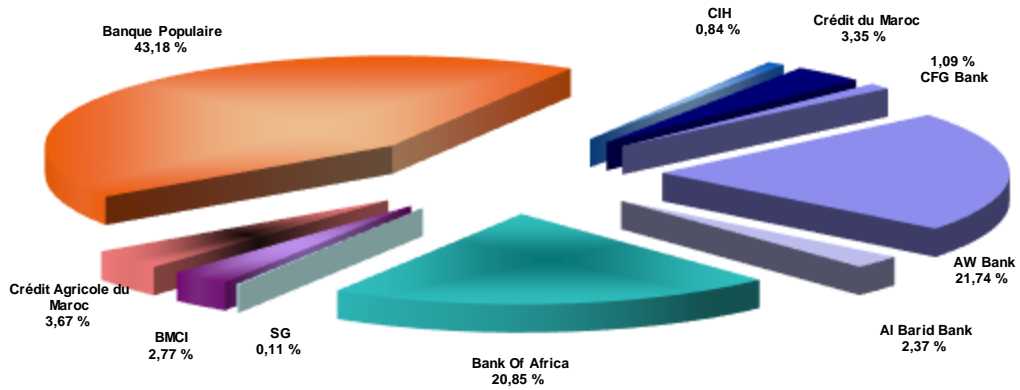


Figure 11: Prime émises bancassurances 2022 - part de marché par type de banque

Le graphique ci haut nous montre que trois banque de la place s'accaparent à elles seules 85, 78 % des part de marché en matière de primes émises bancassurance à savoir la Banque Populaire, AW Bank et Bank of Africa.

*a.3 Les commissions perçus*

Le graphique suivant nous donne l'évolution des commissions allouées aux banques, au titre de l'année 2022 et son évolution par rapport à 2021 .

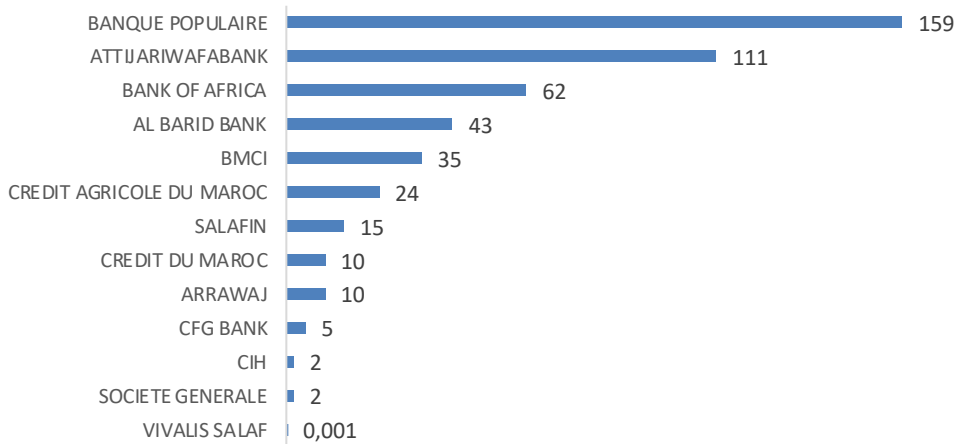


Figure 12 : Commission Bancassurance en 2022 - Ventilation par banque/SF/AMC (en MDH)

Le tableau 7 présente en matière de bancassurance les commissions attribuées aux banques par les assureurs pour une période comprise entre 2016 et 2020 .

Banques	Commissions annuelles banques en MDH						
	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
BANQUE POPULAIRE	108,9	141,4	169,5	149,5	151,4	153,0	158,7
ATTIJARRIWABA BANK	116,5	137,1	105,0	108,2	165,0	102,6	111,1
BMCE BANK OF AFRICA	45,7	51,7	48,2	61,7	53,4	62,1	62,3
CREDIT AGRICOLE DU MAROC	13,9	13	10,6	11	10	14,7	24,1
CREDIT DU MAROC	27,8	19,8	29,8	15,6	10,2	11,1	10,2
BMCI	17,8	21,2	25,8	35,8	32,5	33,5	35,0
AL BARID BANK	25,7	29,3	31,0	28,8	24,2	37,1	42,9
CFG BANK	0,1	0	0	1,8	1,9	4,8	5,2
CIH	6,8	6,7	9,2	32	0	1,9	2,0
SOCIETE GENERALE	3,4	3,6	3,9	4,4	3,9	1,9	2,2
Total général	366,8	424,5	433,1	448,7	452,5	422,8	453,6

Tableau 7: Commissions attribuées aux banques par les assureurs entre 2016 et 2020

Les établissements bancaires ont perçu des commissions d'apport d'un montant global de 453,6 MDH en 2022 contre 197,83 MDH, en 2008, soit une progression de 129,29 % en 15 ans.

Après avoir vu l'évolution des souscriptions aux guichets bancaires en faisant ressortir le volume de primes d'assurances généré par le secteur bancaire et l'évolution des commissions allouées aux banques par les assureurs nous allons étudier dans ce qui suivra la ventilation des émissions par les associations de micro-crédit et les sociétés de financement.

#### 4.3. Les émissions par les associations de micro-crédit et les sociétés de financement

Les associations de micro-crédit introduit en 2007 par l'amendement de l'art 306 du code des assurances<sup>18</sup> et les sociétés de financement<sup>19</sup> qui ont été, également, autorisées suite à la modifications apportée à l'art 306 du code des assurances en 2011 à présenter les opérations d'assurances au même titre que les établissements bancaire mais il reste à signaler que l'émergence de ces nouveaux intervenants n'a pas marquer la sphère de la distribution des opérations d'assurance au Maroc avec la même force que les banques et leur impact sur la part de marché en matière de présentation des opérations d'assurance, ne leurs ont pas permis de grignoter des parts de marché considérable, ce qui nous pousse à nous interroger sur les défaillances des mécanismes juridiques nécessaire pour positionner et faire croître l'action de ce nouveau intervenant dans la distribution des produits d'assurances.

<sup>18</sup> voir loi n. 03-07 du 30 novembre 2007.

<sup>19</sup> voir arrêté du ministre de l'économie et des finances n. 2179-11 du 21 juillet 2011 relatif à la présentation des opérations d'assurances.

a) *Les primes émises:*

Le tableau 8 présente les primes drainées par les sociétés de financement durant la période allant de 2017 à 2022.

Sociétés de financement	Groupe bancaire	Primes en DH					
		2017	2018	2019	2020	2021	2022
SALAFIN-TASLIF	BMCE BANK /BANK OF AFRICA**	14.728.463,9	15.205.632,8	17.445.543,08	22.428.226,00	33.558.633,00	36.224.649,00
VIVALIS	BANQUE POPULAIRE	17.729,6	15.669,8	12.665,40	15270,00	17.574,00	5.170,00
ARRAWAJ (*)	--	--	--	--	--	19.799.133,00	36.994.723
<b>TOTAL GENERAL</b>		<b>14.746.193,2</b>	<b>15.221.302,6</b>	<b>17.458.208,48</b>	<b>22.443.496,20</b>	<b>53.375.340,00</b>	<b>73.224.542,00</b>

(\*) ARRAWAJ a commencé à présenter les opérations d'assurances à partir de 2021

(\*\*) En 2021 le groupe BMCE Bank a changé d'appellation est devenu BANK of AFRICA

Tableau 8: primes émises par les sociétés de financement entre 2017 et 2022

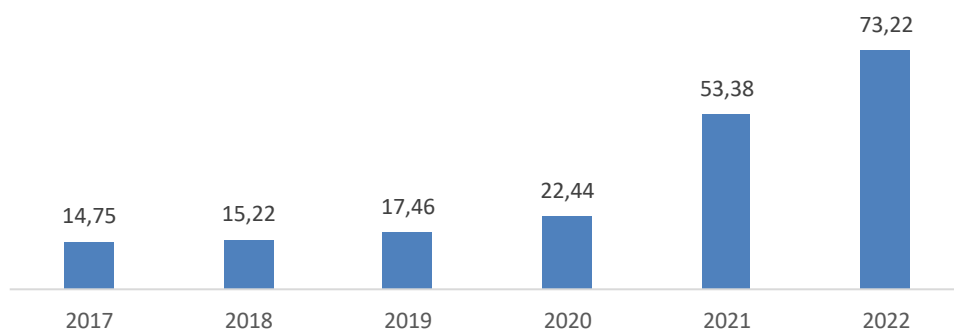


Figure 13: Evolution des primes collectées par les sociétés de financement et des associations de micro-crédit (en MDH)

b) *Les commissions*

Le tableau 9 présente les commissions allouées aux sociétés de financement et associations de micro-crédit en matière de présentation des opérations d'assurances durant la période allant de 2017 à 2022.

Sociétés de financement	Groupe bancaire	Commissions en DH					
		2017	2018	2019	2020	2021	2022
SALAFIN-TASLIF	BMCE BANK / BANK OF AFRICA	2.327.135,4	2.352.506,5	2.554.857,14	2.812.013,00	13.559.706,00	14.795.237,00
VIVALIS	BANQUE POPULAIRE	*	*	1.266,54	1.527,00	1.757	517
ARRAWAJ	--	--	--	--	--	5.971.073,00	9.937.222,00
<b>TOTAL GENERAL</b>		<b>2.327.135,4</b>	<b>2.352.506,5</b>	<b>2.556.123,62</b>	<b>2.813.540,00</b>	<b>19.532.536,00</b>	<b>24.732.975,00</b>

(\*) Le montant de la commission n'a pas été communiqué

Tableau 9: Commissions allouées aux sociétés de financement

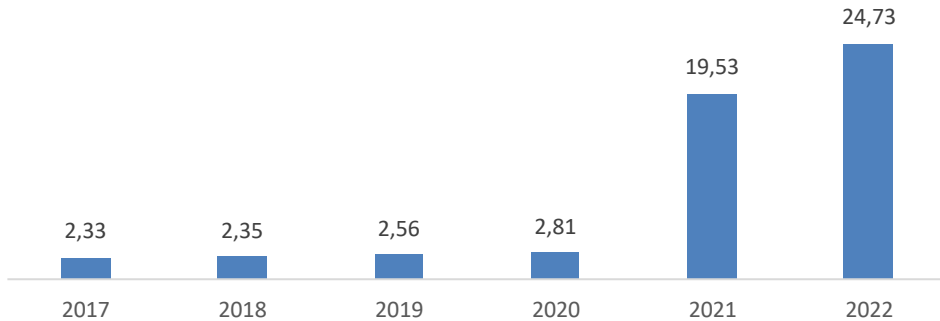


Figure 14: Evolution des commissions allouées aux sociétés de financement et associations de micro-crédit (en MDH)

De ce qui précède, il ressort que la part de marché des nouveaux intervenants dans la distribution du marché des assurances a progressé considérablement, mais chacun avec sa vitesse et son poids, ce qui s'est répercuté positivement sur l'augmentation du taux de pénétration, de la densité et du montant globale des primes collectés créant une dynamique du secteur des assurances. Mais cette progression reste très minime par rapport à celle du secteur bancaire.

## 5. Conclusion

L'ouverture observée, par le législateur au niveau de la présentation d'opérations d'assurances au profit des banques, de Barid Al Maghrib (devenu Al Barid Bank), des associations de micro-crédit et des sociétés de financement, ne s'est pas faite sans limite. Dans ce point on abordera le cas des Banques agréées, des sociétés de financement et par la suite on traitera celui des associations de micro-crédit.

La lecture de l'art 306, al. 3 du code des assurances fait ressortir que la présentation d'opérations d'assurances par les Banques est limitée à la présentation des assurances de personnes, à l'assistance et à l'assurance-crédit. Pour ce qui est des sociétés de financement, le législateur les a autorisées à présenter à leur client les opérations d'assurances décès et invalidités adossées aux opérations de crédits et/ou de crédit –bail. Par contre les associations de micro-crédit se limitent aux assurances de personnes, contre l'incendie et le vol contractées par leurs clients.

De cet article se dégagent deux aspects, premièrement les nouveaux distributeurs ne peuvent présenter que certaines opérations d'assurances, les autres opérations leurs sont strictement interdites notamment l'assurance dommage. Le deuxième aspect c'est que les banques agréées ne peuvent présenter des assurances contre incendie et vol alors que la présentation d'opérations d'assistance est interdite aux associations de micro-crédit.

Une autre limite touche les nouveaux intervenants, mais celle-ci est beaucoup plus une restriction qu'une limite. Elle se matérialise par les restrictions faites en matière de cession de portefeuille des banques, des associations de micro-crédit et les sociétés de financement car le législateur renvoie aux mêmes dispositions que celles qui pèsent sur les intermédiaires d'assurances à savoir:

- Le portefeuille ne peut être cédé qu'aux banques, aux associations de micro-crédit ou aux sociétés de financement agréées et après accord de l'administration.

- Toute demande de cession restée sans réponse dans un délai de trente (30) jours à compter de son dépôt emporte accord de l'administration.

- La cession entraîne le retrait d'agrément pour le distributeur (les banques, Barid Al Maghrib, les associations de micro-crédit ou les sociétés de financement) cédantes.

De ce qui précède on constate que le législateur a limité l'exercice de la présentation des produits d'assurances, pour ces nouveaux distributeurs et les a restreints à la présentation de certains produits mais uniquement pour le compte de leur clientèle.

S'agit-il d'un souci de préserver le réseau des intermédiaires d'assurances, ou d'une ouverture déguisée en vue de libéraliser le marché des assurances, compte tenu du désir de booster les indicateurs assurantiel à savoir le taux de pénétration, la densité et le montant des primes?

Mais les véritables raisons à la limite de présentation des produits d'assurances, par les nouveaux intervenants, réside probablement dans le désir du législateur et du pouvoir exécutif dans une première étape de préserver le réseau classique de distribution car celui-ci représente beaucoup d'emplois chez les intermédiaires qui se chiffrent, selon le rapport de l'ACAPS, à fin 2020 à 2114 (agents et sociétés de courtage), sans parler des emplois indirects qu'il engendre. Mais, est-ce une décision plus sage de l'ACAPS de procéder d'une manière tempérée à la préparation du secteur des assurances aux nouveaux changements qui vont s'opérer dans le futur. Devant cet état de fait, force est de constater que le législateur s'en est pris de manière maladroite, puisque les nouveaux intervenants risquent de se rabattre sur la création de cabinet captif qui était déjà monnaie courante pour pouvoir embrasser un large éventail de produits en matière de présentation et ce afin de pouvoir bénéficier, notamment, de la rétribution suite à la souscription de contrats d'assurances groupe au profit de leur clientèle, et de se positionner davantage sur les autres segments de produits d'assurances qui leur est toujours interdit par la réglementation.

En effet le code des assurances dans son article 109, al. 2 interdit toute rétribution suite à la souscription de contrat d'assurances groupe *«le souscripteur ne peut percevoir aucune rétribution, directe ou indirecte et sous quelque forme que ce soit, au titre de son intervention dans le cadre d'un contrat d'assurance de groupe»*. Comme ils se trouvent dans l'impossibilité d'être rétribués les nouveaux distributeurs n'auront d'autres choix que de créer leurs propres cabinets captifs ce qui leur permettra

d'avoir accès à la commission qui leur échappe et d'autre part élargir leur champ d'action en matière de présentation de produits d'assurances notamment assurances dommage.

Concernant, la dernière décision de l'ACAPS, d'ouvrir encore le champ de présentation des opérations d'assurance entamé en 2021, au profit des établissements de paiement, remet en cause le désir de préservation du réseau classique d'intermédiation à savoir les courtiers et les agents d'assurances.

A notre sens, l'analyse de l'évolution de la bancassurance entamée depuis plus de 20 ans montre une croissance exponentielle du taux de pénétration de l'assurance au Maroc et c'est effectivement un virage entamé par l'autorité d'ouvrir d'avantage le champ de présentation des opérations d'assurances de manière globale. Puisque la décision, prise par l'autorité de contrôle du secteur, d'introduire les établissements de paiement va dans ce sens. Ce n'est pas le seul changement qui se profile dans le champ de présentation des opérations d'assurances au Maroc, un nouveau seuil a été franchi avec l'introduction de l'assurance Takaful qui s'inscrit dans un cadre globale de changement avec l'introduction de la finance participative.



A faint, dark silhouette of a city skyline, likely Siena, is visible in the background of the lower half of the page. The skyline includes several prominent buildings and a tall tower.

**Ianus - Diritto e finanza**

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 30 - dicembre 2024

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805