



Informativo N°1

Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales

Noviembre de 2015

TABLA DE CONTENIDOS

I. PRESENTACIÓN	4
II. INFORME POR PAÍSES	5
2.1 MÉXICO	5
PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 25 DE MARZO DE 2015. AMPARO EN REVISIÓN 554/2013	5
PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO, 22 DE OCTUBRE DE 2014. AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 269/2014	9
PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 18 DE MARZO DE 2015. AMPARO EN REVISIÓN 735/2014	12
2.2 COLOMBIA	17
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SENTENCIA C-792/14 DE 29 DE OCTUBRE DE 2014	17
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SENTENCIA T-099/15 DE 10 DE MARZO DE 2015	22
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. AUTO 009/15 DE 27 DE ENERO DE 2015 ...	31
2.3 CHILE	39
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. SENTENCIA ROL 2492-2014 DE 17 DE JULIO DE 2014	39
CORTE SUPREMA. SENTENCIA ROL 23808-2014 DE 5 DE AGOSTO DE 2015	43
CORTE SUPREMA. SENTENCIA ROL 1579-2015 DE 8 DE JULIO DE 2015	47

Equipo Editorial

Director: *Claudio Nash Rojas*

Investigadoras:

Constanza Núñez

Camila Troncoso

Socios locales:

Humberto Sierra (Colombia)

Alejandro Ramelli (Colombia)

Rogelio Flores (México)



**Konrad
Adenauer
Stiftung**

*Esta publicación se ha realizado gracias al apoyo del programa
Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung.*

I. PRESENTACIÓN

Durante las tres últimas décadas, a partir de los procesos de justicia transicional y consolidación democrática que se han producido en Latinoamérica, se ha dado una continua convergencia entre la protección nacional y la internacional de los derechos humanos. Ejemplos claros de este proceso de convergencia son los avances en materia de justicia constitucional y derechos fundamentales en diversos países de la región. En este sentido, el desarrollo de estándares internacionales por la Comisión y Corte Interamericana son cada vez más relevantes para la protección de derechos humanos a nivel nacional.

Un elemento central para construir una idea fuerte de derechos fundamentales es la recepción de estándares internacionales en el ámbito interno de los Estados y particularmente su desarrollo jurisprudencial. En este proceso ha habido un hito central, cual es, el desarrollo del control de convencionalidad. A través de esta figura se ha dado concreción a la obligación de garantía de los derechos humanos por las autoridades nacionales. El ejercicio del control de convencionalidad exige el conocimiento de los estándares internacionales y de los mecanismos hermenéuticos que guían la protección de los derechos humanos. Muchos de los esfuerzos de instituciones académicas e intergubernamentales se han enfocado en sistematizar y facilitar el acceso a dichos estándares. Por ello, la Fundación Diálogo Jurisprudencial Iberoamericano (FDJI), con el patrocinio y apoyo de la Fundación Konrad Adenauer, se ha propuesto crear un Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Humanos.

Este Observatorio, tiene como uno de sus ejes prioritarios de trabajo constituirse en un mecanismo de divulgación de los diversos desarrollos en derechos fundamentales vinculados con la labor jurisdiccional en la región, comparando las tendencias jurisprudenciales, y sus avances y retrocesos en la protección de los derechos fundamentales en la región a la luz de los estándares interamericanos.

El informativo que a continuación se presenta es un primer paso en esta línea de trabajo, y expone los principales desarrollos jurisprudenciales en derechos humanos de las Cortes Constitucionales de México, Colombia y Chile. En esta primera etapa de trabajo hemos comenzado con estos países, pero esperamos en un futuro cercano abarcar los desarrollos de toda la región. Esperamos que este primer informativo sea un aporte para el trabajo de defensores y defensoras de derechos humanos en toda la región, así como para los operadores de justicia, que mediante el conocimiento del “diálogo jurisprudencial” que se genera en las Cortes de la región, pueden desarrollar más y mejores argumentos para la protección de los derechos humanos.

II. INFORME POR PAÍSES

2.1 México

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 25 de marzo de 2015. Amparo en revisión 554/2013

a. Hechos

El asunto deriva de una averiguación previa verificada en el año de 2010 en el Estado de México, en relación con la muerte violenta de una mujer de 29 años de edad, cuyo cuerpo fue hallado en su domicilio por su cónyuge, quien se desempeñaba como Agente de la Policía Ministerial en dicha entidad. La línea de investigación practicada por el Ministerio Público estatal determinó el no ejercicio de la acción penal en la averiguación previa, ya que del análisis de las pruebas que obran en el expediente se desprendió que la causa de la muerte había sido asfixia mecánica en su modalidad de ahorcamiento; las lesiones correspondían a maniobras suicidas; no existieron lesiones típicas de lucha o forcejeo y tampoco existió dato alguno del que se desprendiera la intervención de otra persona en los hechos. Inconforme con la determinación, la madre de la occisa en carácter de denunciante y víctima en la averiguación previa, promovió un juicio de amparo indirecto contra el Procurador General de Justicia del Estado de México, como autoridad responsable de la comisión indagatoria. El Juez de Distrito revocó la determinación del no ejercicio de la acción penal, por considerar que hubo omisiones de las autoridades ministeriales en la investigación. No obstante, la quejosa promovió recurso de revisión, mismo que fue atraído por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

b. Derecho

En este caso, a la SCJN le tocó determinar si fue correcta la determinación de sobreseimiento del caso y realizar un estudio de fondo respecto a la investigación de la muerte de la víctima. Para ello, resulta relevante destacar que el máximo tribunal mexicano realizó el análisis desde las obligaciones que tienen las autoridades cuando se encuentren investigando una muerte violenta, y específicamente, la muerte violenta de una mujer, asumiendo una perspectiva de género.

- **Perspectiva de género**

La SCJN inicia su análisis del asunto haciendo referencia al marco internacional de protección de derechos humanos de las mujeres y la justificación de adoptar una perspectiva de género:

“En primer lugar es importante destacar que el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres surgió ante la necesidad de establecer un régimen específico de protección al comprobar que la normativa general a nivel internacional de los derechos humanos no era suficiente para garantizar la defensa y protección de las mujeres, quienes por su condición ligada al género, requieren de una visión especial para garantizar el efectivo cumplimiento y respeto de sus derechos, como el impartir justicia con perspectiva de género, y proscribir la discriminación contra la mujer en todas las esferas de la vida”¹.

La SCJN no solo hace referencia a la obligación de actuar con una perspectiva de género cuando se encuentran afectados los derechos de una mujer, sino que también le da un contenido específico a esta perspectiva, explicando en qué consiste:

*“Para lograr lo anterior, las autoridades deben adoptar, en todas sus políticas y actos, una herramienta como método para detectar y eliminar las barreras u obstáculos que discriminan a las personas por condición de género, a la cual se le denomina **perspectiva de género**, que surge como resultado de una teoría multidisciplinaria, cuyo objeto pretende buscar el enfoque o contenido conceptual conforme al género que se debe otorgar para analizar la realidad y fenómenos diversos, tales como el derecho y su aplicación, de modo que se permita evaluar la realidad con una visión incluyente de las necesidades del género, que contribuya a diseñar y proponer soluciones sin discriminación”².*

6

- **Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y obligaciones del Estado**

En el caso concreto, la SCJN analiza las obligaciones nacionales e internacionales del Estado respecto a la prevención, investigación y sanción de la violencia contra las mujeres, indicando que, en esta materia, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) ha ido evolucionando y generando un parámetro de regularidad constitucional que obliga a los Estados Unidos Mexicanos a actuar con debida diligencia, lo que implica desarrollar un “adecuado marco jurídico de protección, una aplicación efectiva del mismo y políticas de prevención y prácticas para actuar eficazmente ante las denuncias”³. Respecto a la muerte violenta de la víctima en este caso, la SCJN observa que pese a la existencia de protocolos de investigación con perspectiva de género, estos no fueron seguidos por el Ministerio Público. En este sentido, realiza una aclaración relevante y es que dicha perspectiva debe incluirse siempre que exista la muerte de una mujer:

“En ese sentido, esta Primera Sala considera que las autoridades investigadoras deben explorar todas las líneas investigativas posibles con el fin de determinar la verdad histórica de lo

¹ Amparo directo en revisión 554/2013, párr. 105.

² *Ibidem*, párr. 113. El destacado es nuestro.

³ *Ibidem*, párr. 115, que hace referencia al caso “González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

sucedido. El deber de investigar adquiere mayor relevancia en relación con la muerte de una mujer en un contexto de violencia contra las mujeres, puesto que se debe tomar como una posible línea de investigación el hecho que la mujer muerta haya sido víctima de violencia de género. En ese sentido, **todo caso de muertes de mujeres**, incluidas aquellas que prima facie parecerían haber sido causadas por motivos criminales, suicidio y algunos accidentes, **deben de analizarse con perspectiva de género**, para poder determinar si hubo o no razones de género en la causa de la muerte y para poder confirmar o descartar el motivo de la muerte⁴.

- **Diligencias que debe realizar el Estado frente a la muerte violenta de una mujer**

Finalmente, la SCJN precisa cuáles son las diligencias mínimas que deben llevarse a cabo frente a la investigación de la muerte violenta de una mujer, siguiendo para ello la jurisprudencia interamericana y el Modelo de Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género:

“En términos generales, las autoridades que investigan una muerte violenta deben intentar como mínimo: i) identificar a la víctima; ii) proteger la escena del crimen; (iii) recuperar y preservar el material probatorio; iv) investigar exhaustivamente la escena del crimen; v) identificar posibles testigos y obtener declaraciones; vi) realizar autopsias por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados; vii) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, y cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte. En el caso de muertes de mujeres se deben identificar las conductas que causaron la muerte y verificar la presencia o ausencia de motivos o razones de género que originan o explican la muerte violenta. Además, en dichas muertes se deben preservar evidencias específicas para determinar si hubo violencia sexual y se deben hacer las periciales pertinentes para determinar si la víctima estaba inmersa en un contexto de violencia. Además, las investigaciones policiales y ministeriales por presuntos feminicidios deben analizar la conexión que existe entre la violencia contra la mujer y la violación de otros derechos humanos, así como plantear posibles hipótesis del caso, basadas en los hallazgos preliminares que identifiquen la discriminación o las razones de género como los posibles móviles que explican dichas muertes. En ese sentido, se debe investigar, de oficio, las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género en un acto de violencia perpetrado contra una mujer cuando dicho acto se enmarca en un contexto de violencia contra la mujer que se da en una región determinada”⁵.

En el caso de la víctima fallecida, la SCJN observa que además de no realizarse adecuadamente las pericias relacionadas con la escena del crimen y el resguardo de la escena de custodia, tampoco se realizó un peritaje psicosocial, “el cual se centra en las experiencias de las personas afectadas por las violaciones a los derechos humanos, mediante el cual se analizara el entorno de [la víctima], así como las circunstancias y medios en el que se desarrolló”⁶. Este tipo de peritajes, resalta la Corte, permite identificar factores estructurales que explican la violencia. La SCJN destaca que las muertes violentas de mujeres suelen ser consecuencia de diversas manifestaciones de violencia previa por parte de sus victimarios, por lo que la investigación de esas formas de violencia son

⁴ *Ibidem*, párr. 132. El destacado es nuestro.

⁵ *Ibidem*, párr. 134.

⁶ *Ibidem*, párr. 173.

fundamentales para el diseño de la investigación y el desarrollo de líneas de trabajo⁷. En el caso concreto, existieron antecedentes de violencia intrafamiliar que no fueron considerados en la investigación.

- **Aspectos resolutivos y medidas de reparación**

Tras el análisis precedente, la SCJN concluye:

"Una vez expuesto lo anterior, la Primera Sala concluye que las autoridades responsables – todas– tenían que cumplir con las obligaciones que emanan de los artículos 1, 4, 14, 17, 20 y 21 constitucionales, así como del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará y del propio Protocolo de actuación del Estado de México respecto de los Femicidios, al tratarse de una muerte violenta de una mujer, en un alegado contexto personal de ser víctima de violencia por parte de su pareja, y una denuncia expresa de la madre de la víctima que consideraba que su hija no se suicidó, sino que se trató de un homicidio"⁸.

Como medida resolutiva, la SCJN dispone que se realice nuevamente la investigación, con perspectiva de género:

*"Así pues, la concesión de amparo debe tener como consecuencia la confirmación del levantamiento del no ejercicio de la acción penal y la instrucción para que, de manera inmediata, **se realicen todas las diligencias necesarias para investigar, con perspectiva de género y de conformidad con el acervo probatorio válido que cumpla con el marco legal nacional y los lineamientos destacados en esta sentencia, la muerte violenta de Mariana Lima Buendía**, en tanto tal decisión constituye la protección más amplia y favorable a la persona, atendiendo al artículo 1º constitucional que implica la potenciación de los derechos humanos y que se traduce en una exigencia para los órganos investigadores y las juzgadoras y juzgadores de nuestro país.*

*"Esta Primera Sala considera que la especial obligación de prevenir, investigar y, en su caso, sancionar la violencia contra las mujeres, así como el derecho correlativo de éstas y sus familiares de que, entre otras, la investigación se lleve a cabo con perspectiva de género y con especial diligencia, sitúa a la dignidad de las mujeres más allá de los meros efectos reparatorios y articula un entendimiento de dignidad que es fundamentalmente transformativo y sustantivo. En ese entendido, **la obligación de reparar a la quejosa cuando se ha concluido que existe una violación a los derechos humanos de éstas es una de las fases imprescindibles en el acceso a la justicia**. Así, por un lado, corresponde en el presente caso otorgar el amparo por los actos antes mencionados y ordenar a la autoridad investigativa –que se advierte, es otra de la inicial– que en cumplimiento de la obligación de investigar y sancionar, remueva todos los obstáculos que han persistido en la averiguación previa anterior, así como que utilice todas las medidas a su alcance para diligenciar el proceso"⁹.*

En este contexto, la SCJN adopta un concepto amplio de reparación, disponiendo la necesidad de adoptar medidas que remuevan patrones socioculturales que fomentan la violencia contra las mujeres:

⁷ *Ibidem*, párr. 191.

⁸ *Ibidem*, párr. 212.

⁹ *Ibidem*, párr. 221 y 222. El destacado es nuestro.

*"Por otro lado, al ser un asunto en que se investiga la muerte violenta de una mujer, así como las negligencias, omisiones y obstrucciones en la investigación, basada tanto en una falta de perspectiva de género, como en la discriminación en la investigación de este tipo de hechos, el sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades y de impulsar un cambio cultural. Al respecto, el artículo 8 de la Convención del sistema universal establece como deber progresivo del Estado el que por medio de sus autoridades adopten medidas progresivas específicas para modificar los patrones socioculturales y fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia en temas relacionados con la igualdad entre el hombre y la mujer y la equidad de género. Por tanto, la respuesta por parte del **Poder Judicial ante este tipo de violaciones debe no sólo puntualizar la violación específica por parte de una autoridad y cambiarla, sino que también debe buscar disuadir un cambio de conducta en la sociedad y de potenciales actores, mejorando las relaciones socialmente establecidas, en aras de cumplir con las obligaciones de respeto y garantía**, así como de reparar las violaciones a los derechos humanos, reconocidos en el artículo 1º constitucional. Lo anterior es independiente –y se deja a salvo– del derecho que le pueda asistir a la quejosa para acceder a la Ley General de Víctimas¹⁰.*

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 22 de octubre de 2014. Amparo directo en revisión 269/2014

9

a. Hechos

El asunto versa sobre la procedencia de la pensión compensatoria en casos de divorcio sin culpa. El quejoso promueve juicio de amparo directo en contra de la sentencia dictada por la Sexta Sala Civil del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán, por habersele obligado a pagar alimentos compensatorios a favor de su ex cónyuge. El quejoso estimó que la aplicación del artículo 288 del Código Familiar del Estado de Michoacán de Ocampo¹¹ transgredía el derecho a la igualdad y no discriminación, ya que establece un derecho alimentario solo en beneficio de la mujer, estableciendo un trato discriminatorio entre hombres y mujeres. Asimismo, indicó que los alimentos deben ser decretados sólo en hipótesis de divorcio culpable, como una sanción. En febrero de 2013 el Presidente del Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito dictó sentencia definitiva negando el amparo al quejoso, indicando que debía subsistir la obligación alimentaria independientemente de la causa del divorcio, pues ésta no tiene el carácter de sanción, sin

¹⁰ *Ibidem*, párr. 227. El destacado es nuestro.

¹¹ Artículo 288. "En el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevo matrimonio o se una en concubinato".

tener en consideración el género de la persona que solicita los alimentos. Inconforme con la determinación anterior, el quejoso promueve recurso de revisión ante la SCJN.

b. Derecho

En este caso, para la resolución del asunto, la SCJN se refirió a tres materias: a) la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria; b) su justificación en el derecho a una vida digna y; c) la discriminación en razón de género alegada por el quejoso. Revisaremos estos dos últimos aspectos en la argumentación de la SCJN.

- **Derecho a la vida digna y obligaciones de los particulares**

La SCJN fundamenta la obligación de otorgar alimentos en el derecho a una vida digna. Este derecho, indica, emana de preceptos constitucionales y de tratados internacionales ratificados por los Estados Unidos Mexicanos:

*"Así las cosas, se advierte que del texto actual del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se desprende, si bien no en términos literales, un **derecho fundamental de toda persona a acceder a un nivel de vida adecuado o digno**; derecho que también encuentra fundamento expreso en diversos instrumentos internacionales, entre los que podemos destacar el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales"¹².*

En este sentido, la SCJN indica que la plena vigencia del derecho a fundamental a un nivel de vida adecuado depende de la completa satisfacción de una serie de derechos que se relacionan y que son propios de las necesidades básicas de los seres humanos, tales como el derecho a la vida, alimentación, vestido, vivienda, educación y salud¹³. En este contexto, la SCJN señala que este derecho encuentra íntima vinculación con la **dignidad humana**, que para la máxima magistratura en México es:

*"un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos [...] Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que trata de una **norma jurídica** que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y, por el cual, se establece el mandato constitucional a todas las autoridades e incluso a los particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta –en su núcleo más esencial– **como el interés de toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada**"¹⁴.*

Sobre la base de estas consideraciones, la SCJN, justifica la obligación de proporcionar alimentos (garantizar el derecho a una vida digna), e indica que esta obligación se extiende a los particulares siguiendo su tesis aislada XXI/2013 por la cual entiende que los derechos

¹² Amparo directo en revisión 269/2014. El destacado es nuestro.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*. El destacado es original.

fundamentales tienen una dimensión objetiva y una dimensión subjetiva¹⁵, concluyendo que no es correcto afirmar que la satisfacción de este derecho corresponde solo al Estado, pues: “[...] derivado de su propia naturaleza, es evidente que el mismo permea y se encuentra presente en ciertas relaciones que se entablan entre los particulares, particularmente en lo que se refiere a las obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones de familia”¹⁶. La SCJN concluye:

“Es posible concluir que del derecho fundamental a acceder a un nivel de vida adecuado emanan obligaciones tanto para el Estado en el ámbito del derecho público –régimen de seguridad social- como para los particulares en el ámbito del derecho privado –obligación de alimentos-, derivándose de la interacción y complementación de ambos aspectos la plena eficacia del derecho fundamental en estudio”¹⁷.

- **Derecho a la igualdad y no discriminación y procedencia de la pensión compensatoria**

Además de referirse a los fundamentos de la institución de la pensión compensatoria (compensar al cónyuge que se vio impedido de desarrollar actividades económicas por estar al cuidado del hogar en común y, en definitiva, asegurar el derecho a una vida digna), la SCJN analiza la constitucionalidad del artículo 288 del Código Familiar para el Estado de Michoacán, que establece la pensión compensatoria a favor de la mujer en casos de divorcio voluntario cuando “no tenga ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevo matrimonio o se una en concubinato”. En cuanto a que la redacción indique que el beneficio está establecido solo para la mujer, la SCJN indica:

“Al respecto, si bien esta Primera Sala reconoce que es desafortunada la redacción del artículo impugnado por el recurrente al establecer como único destinatario de los alimentos a la mujer, la misma se debe a que [...] en sus orígenes la pensión compensatoria fue pensada como un medio para ‘compensar’ las labores domésticas dentro del matrimonio que tradicionalmente eran realizadas únicamente por las mujeres y que les impedían realizar actividades por las que pudieran recibir una retribución económica”¹⁸.

En este sentido, la SCJN recuerda lo asentado en el amparo directo en revisión 1573/2011¹⁹, donde estableció que la utilización de estereotipos de género resultaba inadmisibles en un ordenamiento jurídico como el mexicano, en el cual el principio de igualdad entre hombres

¹⁵ Los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean en todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva). Tesis aislada XXI/2013, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVI, enero de 2013, Tomo I, página 627.

¹⁶ Amparo directo en revisión 269/2014.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Donde la Primera Sala señaló que la preferencia de la mujer para el ejercicio de la guarda y custodia en las normas civiles encontraba su justificación en una idea preconcebida, bajo la cual, la mujer gozaba de una específica aptitud para cuidar a los hijos, siguiendo una visión que establecía una clara división de los roles atribuidos al hombre y la mujer. Véase: “PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES. EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE EDAD NO DEBE ESTAR BASADO EN PREJUICIOS DE GÉNERO”. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época, Libro VIII, mayo de 2012, Tomo 1, página 1112.

y mujeres resulta uno de los pilares fundamentales del sistema democrático. De esta forma, la SCJN realiza una interpretación de la norma conforme al principio de igualdad y no discriminación:

*"[...] es posible sostener que la sociedad mexicana ha evolucionado y paulatinamente se ha roto con este paradigma de que exclusivamente la mujer debe ser la encargada de las labores del hogar y del cuidado de los hijos, por lo que esta primera Sala considera que **el artículo impugnado debe ser interpretado** en el sentido de que cualquiera de los cónyuges, independientemente de su género, puede ser acreedor de una pensión compensatoria, siempre y cuando su rol en la dinámica familiar lo coloque en una situación de necesidad derivada de un desequilibrio económico al disolverse el vínculo matrimonial*

"Lo anterior, pues como se ha sido señalado a lo largo de esta sentencia, el presupuesto básico para que surja la obligación de pagar una pensión compensatoria consiste en que, derivado de las circunstancias particulares de cada caso concreto, la disolución del vínculo coloque a uno de los cónyuges, sin importar su género, en una situación de desventaja económica que en última instancia incida en su capacidad para hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades y, consecuentemente, le impida el acceso a un nivel de vida adecuado

"En atención a lo anterior, es claro que la pensión compensatoria no puede ser vista como un beneficio exclusivo de la mujer [...]"²⁰.

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 18 de marzo de 2015. Amparo en revisión 735/2014

a. Hechos

El 11 de septiembre de 2013 el Gobernador del Estado de Colima y el Secretario General de Gobierno presentaron demanda de amparo en contra del Congreso del Estado de Colima, por la expedición del Decreto N°142 de 3 de agosto de 2013, mediante el cual se reformó el artículo 147 de la Constitución Política del Estado de Colima²¹ y en contra del Decreto N°155 por el cual se reformaron diversos artículos del Código Civil del mismo Estado. Asimismo, se denunció la omisión legislativa de reformar el artículo 391 del Código Civil para el Estado de Colima. Se sostiene que estas disposiciones transgreden el principio de igualdad y no discriminación, la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la

²⁰ Amparo directo en revisión 269/2014. El destacado es nuestro.

²¹ Artículo 147. Las relaciones conyugales se establecen por medio de un contrato civil celebrado entre dos personas, con la finalidad de formar una familia, establecer un hogar común, con voluntad de permanencia, para procurarse y ayudarse mutuamente en su vida. En el Estado existen dos tipos de relaciones conyugales. I. Matrimonio: Es aquel que se celebra entre un solo hombre y una sola mujer; y II. Enlace conyugal: Es aquel que se celebra entre dos personas del mismo sexo. A quienes celebren una relación conyugal se les denominará indistintamente, cónyuges, consortes, esposos o casados. La ley reglamentará las relaciones conyugales.

personalidad, al hacer una distinción entre parejas homosexuales y parejas heterosexuales y generar un régimen de “separados pero iguales”. Indican que esta distinción la creó el legislador local al hacer una figura similar al matrimonio a las parejas homosexuales a la que denominó “enlace conyugal”. Distinción que excluye a las parejas homosexuales de los beneficios expresivos y materiales derivados del matrimonio. Por su parte, sostienen que la omisión de reformar el artículo 391 del Código Civil para el Estado de Colima vulnera el derecho a la protección de la familia contenido en el artículo 4 constitucional, toda vez que excluye de la posibilidad de adoptar a las parejas homosexuales unidas bajo la figura del “enlace conyugal”.

El Juez Primero de Distrito en el Estado de Colima sobreseyó el juicio de amparo por estimar que las normas impugnadas eran de naturaleza heteroaplicativa y, por tanto, requerían que los accionantes fueran afectados por la aplicación de la norma. En contra la sentencia del juez de distrito se plantea revisión, que es conocida por la SCJN.

b. Derecho

La SCJN, para resolver el asunto, analiza la distinción entre normas autoaplicativas y heteroaplicativas. Asimismo, estudia en detalle la legislación a la luz del principio de igualdad y de no discriminación.

- ***Normas autoaplicativas y heteroaplicativas: afectación directa por mensaje discriminatorio***

La distinción entre normas heteroaplicativas y autoaplicativas es relevante para determinar la procedencia del amparo. Mientras en las normas heteroaplicativas el contenido está condicionado a un acto de aplicación, en las normas autoaplicativas hay una afectación directa del quejoso sin necesidad de un acto posterior de aplicación, es decir, no están condicionadas a ningún acto. En el caso concreto, la SCJN estimó que las normas del Estado de Colima que distinguían entre matrimonio y “enlace conyugal”, eran autoaplicativas, porque en sí contenían un acto discriminatorio, haciendo alusión al contenido valorativo de la norma:

“Esta Primera Sala ha reconocido que las leyes en ocasiones no son neutras al tener una ‘parte dispositiva y también una parte valorativa’ que puede generar una afectación en sentido amplio a determinado grupo de personas. A este tipo de afectación se le conoce ‘estigmatización por discriminación’ que se traduce en una afectación ‘impersonal y objetiva [qu]e implica un perjuicio social, directo, personal y casi individualizable’, que no depende de las impresiones subjetivas de los quejosos ‘sino de una evaluación impersonal y objetiva del juzgador, lo que se determina mediante la derivación de entendimientos colectivos compartidos, el contexto social en que se desenvuelve y la historia de los símbolos utilizados’.

*“La afectación por discriminación se traduce en la generación por parte de la norma de ‘un **mensaje tachado de discriminatorio por la utilización de una de las categorías sospechosas** establecidas en el artículo 1 constitucional’, afectación concreta para los miembros de dicha categoría sospechosa ya que es necesario que ‘sean destinatarios del mensaje que transmite la norma impugnada en la parte valorativa, aun cuando no sean*

destinatarios directos de la parte dispositiva de la norma'. Este tipo de discriminación se puede presentar a través de normas que promuevan y ayuden 'a construir un significado social de exclusión o degradación, que si bien pueden no tener a los miembros de cierto grupo vulnerable como destinatarios, los efectos de su aplicación mediante la regulación de la conducta de terceros sí les genera un daño'.

"Las normas impugnadas **establecen un juicio de valor negativo sobre las parejas homosexuales** ya que si bien no establecen una obligación de hacer o no hacer a este grupo, la norma sí obliga a las autoridades estatales a hacer una distinción entre parejas del mismo sexo y aquellas de sexo distinto.

"Las normas al diferenciar el 'matrimonio' del 'enlace conyugal' se basan en una de las 'categorías sospechosas' enunciadas en el artículo 1º de la Constitución: las preferencias sexuales. Asimismo, las normas impugnadas excluyen de la posibilidad de adoptar a aquellas parejas que formen un 'enlace conyugal' y únicamente dan preferencia a las uniones de personas de distinto sexo. A pesar de que no sea requisito para adoptar que las personas manifiesten su preferencia sexual, las normas hacen una distinción entre aquellas parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, al dar preferencias a los matrimonios y excluir al enlace conyugal del régimen de adopción"²².

- **Test de discriminación**

La SCJN, para resolver el asunto, analiza las disposiciones para determinar si existe discriminación, para ello estudia las discriminaciones normativas y concluye que la discriminación en este caso sería de aquellas "por diferenciación expresa":

"En primer lugar, conviene precisar que el principio constitucional de igualdad en su vertiente de igualdad formal o igualdad ante la ley comporta un mandato dirigido al legislador que ordena el igual tratamiento a todas las personas en la distribución de los derechos. Así, existe discriminación normativa cuando dos supuestos de hecho equivalentes son regulados de forma desigual sin que exista una justificación razonable para otorgar ese trato diferenciado. En este sentido, la justificación de las distinciones legislativas que distribuyen cargas y beneficios se determina a partir de un análisis de la razonabilidad de la medida.

"De acuerdo con la doctrina especializada, entre la infinidad de formas que puede adoptar la discriminación normativa, las más comunes son la exclusión tácita y la diferenciación expresa. Como su nombre lo indica, la discriminación por exclusión tácita de un beneficio tiene lugar cuando un régimen jurídico implícitamente excluye de su ámbito de aplicación a un supuesto de hecho equivalente al regulado en la disposición normativa, lo que suele ocurrir cuando se establece a un determinado colectivo como destinatario de un régimen jurídico, sin hacer mención alguna de otro colectivo que se encuentra en una situación equivalente.

"De acuerdo con lo anterior, esta Primera Sala entiende que la distinción entre 'matrimonio' y 'enlace conyugal' constituye un caso paradigmático de una diferenciación expresa, la cual en este caso es impugnada con el argumento de que resulta discriminatoria. Esta distinción se advierte con toda claridad de la lectura de los artículos 145 del Código Civil del Estado de Colima"²³.

²² Amparo en revisión 735/2014. El destacado es nuestro.

²³ *Ibidem*.

Una vez aclarado el tipo de distinción, la SCJN procede a analizar la razonabilidad de la medida. Para ello, indica que al encontrarnos frente a una "categoría sospechosa" el escrutinio debe ser estricto. Explica el contenido de este escrutinio:

*"En primer lugar, debe examinarse si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una **finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional**. Al respecto, esta Primera Sala sostuvo en el amparo directo en revisión 988/2004 que cuando se aplica el test de escrutinio estricto para enjuiciar una medida legislativa que realiza una distinción no debe exigirse simplemente, como se haría en un escrutinio ordinario, que se persiga una finalidad constitucionalmente admisible. Dicho de otra forma, la finalidad perseguida no debe ser abiertamente contradictoria con las disposiciones constitucionales. Así, al elevarse la intensidad del escrutinio debe exigirse que la finalidad tenga un apoyo constitucional claro: debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante [...]*

*"En segundo lugar, debe analizarse **si la distinción legislativa está estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa**. En el citado amparo directo en revisión 988/2004, la Primera Sala explicó que la medida legislativa debe estar directamente conectada con la consecución de los objetivos constitucionales antes señalados. Otra forma de decirlo, sería que la medida debe estar totalmente encaminada a la consecución de la finalidad, sin que pueda considerarse suficiente que esté potencialmente conectada con tales objetivos [...]*

*"Finalmente, la distinción legislativa debe ser **la medida menos restrictiva posible** para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional [...]"²⁴.*

Aplicando este test, la SCJN sostiene que la distinción entre matrimonio y enlace conyugal es claramente inconstitucional, puesto que ni siquiera persigue una finalidad constitucionalmente admisible: "una distinción como ésta resulta totalmente inaceptable en un Estado constitucional de derecho que aspira a tratar con igual consideración y respeto a todos sus ciudadanos, ya que únicamente se basa en un sentimiento de desaprobación hacia un grupo de personas en específico: los homosexuales"²⁵. La SCJN, siguiendo los precedentes de Estados Unidos, sostiene que la diferenciación crea un régimen de "separados pero iguales", de la misma forma en que se realizaba en Estados Unidos la segregación racial.

Concluye la SCJN:

*"De acuerdo con todo lo anterior, esta Primera Sala considera que habiendo establecido que las normas impugnadas discriminan al quejoso, las cuales tuvieron como origen claro limitar el matrimonio a parejas heterosexuales, **no es posible realizar una interpretación conforme de éstas, pues dichas normas continuarían existiendo en su redacción, aun siendo ésta discriminatoria y contraria al artículo 1º constitucional y a las obligaciones internacionales contraídas por México en cuanto a no discriminar por motivo de preferencia sexual**. Estas obligaciones no pueden cumplirse mediante una interpretación que varíe la base misma del concepto impugnado y que no modifique la situación discriminatoria sufrida por las quejasas y los quejosos.*

²⁴ *Ibidem*, el destacado es nuestro.

²⁵ *Ibidem*.

"En este sentido, hay que recordar que el concepto de violación del quejoso se dirige contra el mensaje discriminatorio contenido en las norma impugnadas, por lo que si se concluye que es contrario al artículo 1º constitucional, la obligación de esta Suprema Corte es declarar la invalidez del mensaje mismo y disponer de todas las medidas para ello. En este orden de ideas, si se considera que una norma es discriminatoria, la interpretación conforme no repara dicha discriminación porque lo que buscan las personas discriminadas es la cesación de la constante afectación y su inclusión expresa en el régimen jurídico en cuestión; en otras palabras, no sólo acceder a esa institución, sino suprimir el estado de discriminación generada por el mensaje transmitido por la norma. En ese orden de ideas, el quejoso busca encontrarse legal y expresamente en una situación de igualdad y no discriminación en cuanto a la figura del matrimonio se refiere"²⁶.

- **Obligación de reparar**

La SCJN, siguiendo lo que había asentado en la tesis aislada CCLXI/2014²⁷, indica que el reconocimiento público del matrimonio entre personas del mismo sexo, así como la inconstitucionalidad en la enunciación en caso de no preverlo expresamente, sitúa a la dignidad del ser humano más allá de los meros efectos restitutivos y articula un entendimiento de la dignidad que es fundamentalmente transformativo y sustantivo. Para ello, dispone:

"[...] la **obligación de reparar** al quejoso cuando se ha concluido que existe una violación a los derechos humanos de éstos es una de las fases imprescindibles en el acceso a la justicia. En el caso específico, al ser un asunto de discriminación legislativa, basada no sólo en juicios de valor del legislador, sino arraigado en mayor o menor medida en la sociedad, **el sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades y de impulsar un cambio cultural**. Así, la respuesta por parte del Poder Judicial ante este tipo de violaciones –discriminación con base en categorías sospechosas– debe no sólo puntualizar la violación específica por parte de una autoridad y cambiarla, sino que también debe buscar disuadir un cambio de conducta en la sociedad y de potenciales actores, mejorando las relaciones socialmente establecidas, en aras de cumplir con las obligaciones de respeto y garantía, reconocidos en el artículo 1º constitucional [...]"

"De esta manera, como ya se señaló, las consideraciones precedentes llevan a esta Primera Sala a considerar que el régimen separado pero igual al 'matrimonio' que establece la fracción II de los artículos 147 de la Constitución de Colima y 145 Código Civil para el Estado de Colima bajo el rubro de 'enlace conyugal' vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación del quejoso, lo que significa que no sólo son inconstitucionales esas disposiciones, sino también todas las porciones normativas de los artículos señalados en la demanda de amparo como actos reclamados en las que se establece como condición de aplicación de esas normas ser una persona que haya celebrado un 'enlace conyugal'.

"En esta línea, esta Primera Sala estima necesario declarar inconstitucionales las porciones normativas de la fracción I de los artículos 147 de la Constitución de Colima y 145 Código Civil en las que se establece que el matrimonio se celebra entre 'un solo hombre y una sola mujer' por vulnerar el derecho a la igualdad y no discriminación. Al respecto, es importante aclarar

²⁶ *Ibidem*. El destacado es nuestro.

²⁷ Tesis aislada CCLXI/2014 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "Normas discriminatorias: no admiten interpretación conforme y existe la obligación de reparar".

que dicha declaración de inconstitucionalidad no crearía un vacío legal puesto que si bien el artículo citado define al matrimonio, la legislación civil estatal prevé los derechos y obligaciones de los cónyuges; es decir, las porciones normativas en cuestión no agotan la regulación jurídica de la institución en su totalidad²⁸.

2.2 Colombia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-792/14 de 29 de octubre de 2014

a. Hechos

En ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, la ciudadana María Mónica Morris Liévano demandó parcialmente los artículos 20, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004, que se refieren al régimen recursivo en materia penal en Colombia. Por considerar que dichos preceptos normativos contravienen la preceptiva constitucional, la accionante solicita que, mediante una sentencia de constitucionalidad condicionada, se determine que “toda sentencia que imponga una condena por primera vez en segunda instancia, pueda ser apelada por el condenado”. A juicio de la peticionaria, la inconstitucionalidad deriva porque la normativa demandada no consagra el derecho a apelar los fallos que fijan una condena por primera vez en la segunda instancia en el marco de un proceso penal, y de esta forma, desconoce el principio de igualdad y el derecho al debido proceso.

La hipótesis abstracta planteada por la accionante supone que confluyan tres elementos: (i) la existencia de un proceso penal; (ii) el juez de primera instancia absuelve al acusado; (iii) el juez de segunda instancia revoca el fallo anterior, e impone una condena. A juicio de la peticionaria, existe una incompatibilidad entre la solución del derecho positivo para este supuesto fáctico, y las directrices del ordenamiento constitucional. En efecto, mientras a la luz de la Carta Política y de los instrumentos que integran el bloque de constitucionalidad, en eventos como este el condenado debe tener la posibilidad de recurrir la sentencia inculpativa por medio de un recurso equivalente a la apelación, la Ley 906 de 2004 no otorga un recurso semejante, sino únicamente herramientas procesales de alcance y utilidad reducida, como el recurso extraordinario de casación, la acción de tutela contra providencias judiciales, o la acción de revisión, que no dan lugar a un nuevo examen integral del caso, sino únicamente el análisis del fallo judicial atacado por el condenado a partir de un conjunto cerrado y limitado de vicios establecidos previamente en el derecho

²⁸ Amparo en revisión 735/2014. El destacado es nuestro.

positivo. Intervinieron en el proceso a favor de la declaratoria de exequibilidad diversas instituciones y Universidades.

Por el contrario, según la vista Fiscal y los intervinientes que solicitan la declaratoria de exequibilidad de la normativa demandada, tal contradicción es inexistente, toda vez que el texto constitucional no consagra el derecho a controvertir las sentencias condenatorias de segunda instancia, y por cuanto, además, la ley procesal ofrece un amplio repertorio de herramientas.

La Corte Constitucional resolvió la petición el 29 de octubre de 2014.

b. Derecho

Para resolver el asunto, la Corte Constitucional hace un estudio extenso del derecho a la impugnación, definiendo su contenido y alcance, utilizando la normativa nacional y la normativa internacional sobre derecho al recurso, así como las recomendaciones y observaciones de organismos internacionales. La Corte Constitucional resuelve declarar que existe una omisión constitucional, ya que el sistema recursivo colombiano no garantiza el derecho a la impugnación frente a condenas impuestas en segunda instancia.

- **Derecho a la impugnación: Fundamento normativo y alcance**

18

La Corte Constitucional inicia el estudio del asunto definiendo el fundamento normativo y el alcance del derecho a la impugnación, haciendo alusión a su consagración en instrumentos internacionales, así como a lo indicado por los organismos de protección internacional para fijar su alcance:

"El derecho a la impugnación se encuentra previsto en tres disposiciones del ordenamiento superior, así: (i) por un lado, el artículo 29 del texto constitucional, al definir los lineamientos básicos del derecho al debido proceso, establece que 'toda persona (...) tiene derecho (...) a impugnar la sentencia condenatoria'; (ii) por su parte, en el marco de las garantías judiciales, el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que "toda persona inculpada de delito tiene el (...) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior"; (iii) y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley"²⁹.

"El derecho a la impugnación otorga la facultad a las personas que sido condenadas en un juicio penal controvertir el fallo inculpativo ante una instancia judicial distinta de quien dictó la providencia, es decir, para atacar las bases y el contenido de la sentencia que determina su responsabilidad penal y que le atribuye la correspondiente sanción. Por este motivo, el artículo 29 de la Carta Política se refiere a la posibilidad de 'impugnar', el artículo 8.2.h. de la CADH a la facultad para 'recurrir', y el artículo 14.5 del PIDCP, al derecho de 'someter a tribunal

²⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-792/2014.

superior' el correspondiente fallo.

*"Ahora bien, en la medida en que tanto el texto constitucional como los instrumentos internacionales de derechos humanos reseñados se refieren genéricamente a la facultad de 'impugnar', 'recurrir' y de 'someter a tribunal superior la providencia incriminatoria, y en la medida en que esta prerrogativa tiene por objeto brindar una garantía especial y reforzada de defensa, se ha entendido que **los titulares de esta prerrogativa pueden atacar ampliamente y sin restricciones de orden material el contenido y las bases de la decisión judicial**, y que además, el examen que se suscita con ocasión del recurso, debe comprender todos los elementos determinantes de la providencia.*

"Los órganos de los sistemas mundial y regionales de derechos humanos han acogido expresamente estos estándares, y con fundamento en ellos han evaluado el diseño legislativo de los juicios penales, así como su aplicación en casos concretos [...] Es así como la Observación General Nampo. 32 [sic] del Comité de Derechos Humanos ha definido el alcance de la revisión de la decisión condenatoria, enfatizando que ésta debe tener dimensión sustancial y no meramente formal, y que el análisis se debe extender no solo a los fundamentos normativos del fallo incriminatorio, sino también a los elementos de prueba y a los hechos que sirvieron de base a la condena"³⁰.

En cuanto al objeto de este derecho, la Corte Constitucional indica que recae sobre sentencias condenatorias y respecto a la finalidad, señala que a través de este derecho el ordenamiento superior otorga una herramienta específica y calificada de defensa a las personas condenadas en un proceso penal, otorgando tres tipos de blindaje: a) atacar fallo condenatorio; b) ejercer a plenitud el derecho de defensa y contradicción frente a esta providencia y; c) la obligación de que los cuestionamientos del recurrente sean examinados por una instancia judicial distinta de quien impuso la condena³¹.

19

- ***Derecho a impugnar las sentencias judiciales que, en el marco de un proceso penal, imponen por primera vez una condena en la segunda instancia***

Sobre la base de la definición del contenido y alcance del derecho a la impugnación, la Corte Constitucional se refiere al derecho a impugnar las sentencias judiciales que, en el marco de un proceso penal, imponen por primera vez una condena en segunda instancia.

La Corte Constitucional reconoce que las normas nacionales e internacionales que consagran el derecho a la impugnación no contienen una regla que prevea los elementos de la hipótesis abstracta examinada en esta oportunidad. Sin embargo, la Corte estima que la premisa de la actora tiene asidero constitucional, aplicando tres técnicas de interpretación constitucional: a) interpretación textual; b) interpretación finalista y; c) interpretación sistemática.

En cuanto a la interpretación textual, sostiene:

*"En primer lugar, esta conclusión se apoya en una **interpretación textual** del ordenamiento superior. En efecto, los amplios términos de los artículos 29 de la Constitución, 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP, descartan la tesis de que la referida facultad constitucional sólo se*

³⁰ *Ibidem*. El destacado es nuestro.

³¹ *Ibidem*.

puede ejercer en el marco de la primera instancia. En efecto, el artículo 29 de la Constitución establece que 'toda persona tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria', sin precisar que la prerrogativa únicamente opera en contra de las providencias dictadas en esta primera fase del juicio; por su parte, el artículo 8.2 de la CADH se refiere genéricamente a la facultad para 'recurrir el fallo ante juez o tribunal superior', y el artículo 14.5 del PIDCP, a que 'toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a tribunal superior', sin que en ningún caso se circunscriba esta potestad a los fallos de primera instancia. Así pues, como a la luz de los enunciados anteriores la potestad en cuestión se establece, no en función de la etapa en la cual se produce la decisión judicial, sino en función del contenido de tal determinación, resulta razonable concluir que también puede ejercerse en contra de los fallos condenatorios de única instancia y de los fallos condenatorios de segundo grado, y que la tesis de que la revisión de las providencias inculpativas sólo es viable cuando se expiden en la primera instancia de un proceso penal, carece de todo referente normativo directo³².

Utilizando una interpretación finalista de la normativa, indica:

"En segundo lugar, la solución jurídica propuesta por la demandante también es consistente con una **interpretación finalista** de las normas del ordenamiento superior que consagran el derecho a la impugnación.

"Tal como se expresó en el acápite anterior, esta facultad atiende a dos finalidades fundamentales: la de asegurar una defensa especial y calificada frente al acto que impone una condena en el marco de un juicio penal, y la de asegurar que el acto inculpativo sea validado por dos operadores jurídicos distintos. Pues bien, estas dos finalidades sólo se materializan cuando el ordenamiento jurídico permite atacar el primer fallo condenatorio, incluso cuando este se dicta en la segunda instancia del juicio, o cuando este se dicta en un proceso de una única instancia.

"Así, la tesis de que el derecho a la impugnación se agota con la apelación del fallo de primera instancia hace nugatoria la exigencia de la doble conformidad judicial, porque en estos eventos, la decisión de imponer una condena no es confirmada por dos jueces distintos, sino únicamente por el juez de segundo grado. Por el contrario, si la sentencia que determina por primera vez la responsabilidad penal se dicta en la segunda instancia, y se ejerce el derecho al impugnación contra esta providencia, con la eventual confirmación del fallo se configura la doble conformidad, y con ella, la presunción legal de la corrección judicial³³.

Finalmente, la Corte Constitucional utiliza el elemento de interpretación sistemática, señalando:

"En tercer lugar, la tesis de la accionante se deriva también de una **interpretación sistemática** de las disposiciones que consagran el derecho a la impugnación.

"En efecto, el contenido y alcance de la prerrogativa constitucional debe adjudicarse teniendo en cuenta los demás elementos constitutivos del debido proceso, así como el conjunto de principios constitucionales que orientan el juicio penal. En particular, el alcance de este derecho se debe fijar no solo a partir de la previsión del artículo 29 de la Carta Política, según la cual 'toda persona tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria', sino también a partir de la garantía de la doble instancia, la exigencia de celeridad en el funcionamiento de

³² *Ibidem*. El destacado es propio.

³³ *Ibidem*. El destacado es propio.

*la administración de justicia, y los derechos y prerrogativas de las víctimas, del ente acusador y de los demás sujetos que intervienen en el juicio penal*³⁴.

En base a estos razonamientos, el análisis de la jurisprudencia constitucional y lo señalado por los organismos de protección de derechos humanos (Comité de Derechos Humanos y Corte Interamericana), la Corte Constitucional concluye:

*"En definitiva, los artículos 29 de la Carta Política, 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP consagran el derecho a controvertir las sentencias condenatorias que se dictan dentro de un proceso penal. Aunque ninguna de estas disposiciones establece expresamente que esta prerrogativa comprende la facultad para impugnar las sentencias que revocan un fallo absolutorio de primera instancia, e imponen por primera vez una condena en la segunda instancia, esta regla sí constituye un estándar constitucional, por las siguientes razones: (i) los enunciados anteriores tienen un contenido general y no hacen ninguna salvedad para la hipótesis anterior, por lo cual no existe ninguna base normativa para excluirla de la referida facultad constitucional; (ii) como la prerrogativa anterior se otorga en función del contenido del fallo y no en razón de la etapa en la cual se dicta la providencia, es decir, por su connotación condenatoria, y no por haber sido expedida en la primera instancia de un juicio, no resulta admisible la tesis de que la impugnación opera únicamente respecto del fallo absolutorio de primera instancia, y no de la sentencia condenatoria de la segunda instancia; (iii) dado que mediante el derecho a la impugnación se pretende brindar una herramienta calificada y reforzada de defensa a las personas que son objeto del poder punitivo del Estado, y dado que esta defensa sólo se puede ejercer si existe la posibilidad de controvertir aquella decisión judicial que materializa esta facultad sancionatoria, la prerrogativa constitucional se debe poder ejercer, al menos, frente al primer fallo que declara la responsabilidad penal, incluso cuando esta se dicta en la segunda instancia; (iv) de entenderse que el derecho a la impugnación se agota con la posibilidad de controvertir la sentencia judicial de primera instancia, se subsumiría este derecho en la garantía de la doble instancia, en contravía del **principio hermenéutico del efecto útil**; (v) **esta línea hermenéutica es consistente con la de los operadores jurídicos encargados de la interpretación y aplicación de los instrumentos normativos que consagran el mencionado derecho, y en particular, con la que ha acogido el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, (vii) por su parte, aunque hasta el momento la Corte Constitucional no ha abordado directamente este problema jurídico, y sus reflexiones en torno a la derecho a la impugnación se han hecho en el marco de la garantía de la doble instancia, por lo que no existen consideraciones autónomas en este sentido, la jurisprudencia sí reconoce el derecho a atacar las providencias que imponen por primera vez una condena en el marco de un juicio penal*³⁵.

Acto seguido, la Corte Constitucional analiza el sistema de impugnación colombiano y determina que los recursos procesales disponibles en el sistema no satisfacen los estándares del derecho a la impugnación. En concreto, sobre el recurso de casación indica, entre otras materias, que el juez no tiene plenas potestades para revisar integralmente el fallo. Por su parte, en cuanto a la acción de tutela, indica que ésta tiene carácter excepcional y no está orientada a materializar el derecho a la impugnación, sino que a revisar fallos judiciales cuyos yerros graves, abiertos, flagrantes e indiscutibles, tienen trascendencia constitucional. Pese a que dichos recursos han tendido a flexibilizarse en la práctica constitucional, no son recursos idóneos y eficaces, ya que en definitiva, no permiten al

³⁴ *Ibidem*. El destacado es propio.

³⁵ *Ibidem*. El destacado es nuestro

operador jurídico una nueva aproximación al caso y que a partir de ese nuevo acercamiento, se determine si se justifica o no la imposición de condena. En este orden de ideas, la Corte concluye que “se configura una omisión legislativa del régimen procesal previsto en la Ley 906 de 2004, por la inexistencia de un recurso idóneo que materialice el derecho a la impugnación en todos aquellos casos en que, en el marco de un proceso penal, el juez de segunda instancia absuelve al condenado, y el juez de segunda instancia revoca el fallo anterior e impone por primera vez una condena”³⁶.

En este entendido, la Corte declara la inconstitucionalidad de las normas impugnadas en cuanto a las omisiones y exequibles en su contenido positivo, exhorta al Congreso de la República para que en el término de un año contado a partir de la notificación por edicto de la sentencia, regule integralmente el derecho a impugnar las sentencias que en el marco de un proceso penal, imponen una condena por primera vez, tanto en el marco de juicios penales de única instancia, como en juicios de dos instancias. Se dispone que en el caso de que el legislador incumpla el deber anterior, se entenderá que procede la impugnación de los referidos fallos ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

**Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-099/15 de 10
de marzo de 2015**

a. Hechos

Gina Hoyos Gallego³⁷, presentó acción de tutela en contra de la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional, el 23 de julio de 2014. La actora consideró que la decisión de esta entidad de no expedirle la libreta militar, a menos de que pagara una multa correspondiente a dos Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (SMLV) -como sanción a la inscripción extemporánea para definir su situación militar- vulneró varios de sus derechos fundamentales. Indicó que la decisión de la entidad accionada desconoció sus derechos a la integridad personal, al trabajo, a la igualdad, a la libertad de conciencia, a la honra, a la dignidad humana y desconoció la prohibición constitucional contra los tratos inhumanos o denigrantes y la obligación del Estado de respetar los derechos, contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La actora manifestó que, aunque fisiológicamente nació como un hombre, empezó a considerarse como una mujer y a sentir una atracción física por los hombres desde los 12

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ La accionante es conocida legalmente como Hernando Hoyos Gallego pero ella, en su escrito de tutela, manifestó que como mujer *trans* se identifica con el nombre de Gina.

años de edad. En ese momento su padre decidió expulsarla violentamente de la casa. Debido a esto, la peticionaria se vio forzada a ejercer la prostitución. Señaló que, por su apariencia, a partir de ese momento ha tenido problemas con las autoridades de Policía y que sus intentos por conseguir trabajo se han visto frustrados por no tener la libreta militar. Además, a raíz de su actividad como trabajadora sexual, se contagió con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH).

Por otra parte, la accionante explicó que tuvo que salir desplazada de la ciudad de Circasia (Quindío) pues recibió amenazas de muerte de las Bandas Criminales (BACRIM) de la región por su trabajo como líder de la Mesa Municipal de la Comunidad de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales (LGBTI) donde desarrolló brigadas de atención para personas con VIH y jóvenes en contextos de vulnerabilidad por su orientación sexual o identidad de género. Manifestó que al llegar a la ciudad de Bogotá presentó una declaración ante la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas y, posteriormente, fue inscrita en el Registro Único de Víctimas (RUV). Señaló que después de la inscripción solo ha recibido, en forma de ayuda humanitaria, un mercado y un subsidio de atención por un valor de seiscientos cuarenta mil pesos (\$640,000) por lo que actualmente ejerce de nuevo la prostitución.

La actora señaló que el 8 de mayo del 2014 sostuvo una reunión, a instancias de la Oficina de Diversidad Sexual del Departamento de Planeación Distrital de Bogotá, con el Coronel José Antonio Carrillo Rubio -en las oficinas del Distrito Militar de Puente Aranda- con el fin de definir su situación militar. Después de esa reunión, y siguiendo las instrucciones que recibió del Coronel Carrillo, se acercó al Distrito Militar No. 59 en Soacha y presentó un certificado del RUV con el fin de ser eximida del pago de la cuota de compensación y recibir su libreta militar. Sin embargo, no pudo obtener el documento pues le informaron que debía pagar una multa de un millón trescientos mil pesos (\$1,300,000) "por que (sic) no se había presentado a tiempo hace 10 años".

Por estos hechos, la demandante presentó una acción de tutela contra la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército y solicitó que se le ordenara a la entidad expedir su libreta militar en el término de 48 horas. Asimismo, pidió que se condenara en abstracto a dicha Dirección por el daño emergente que sus actuaciones le ocasionaron. Por último, demandó que se le ordenara a la demandada establecer una ruta de atención especial para las personas transexuales y -teniendo en cuenta *"las circunstancias de vulnerabilidad y de exclusión total que históricamente han rodeado a las personas trans en el mundo y en Colombia"*- que se inste a la Dirección de Diversidad Sexual del Ministerio del Interior a que presente y trámite ante el Congreso de la República un proyecto de ley de identidad de género que, entre otras cosas, proteja los derechos constitucionales de las mujeres y hombres transexuales.

Por su parte, el Ejército sostuvo que su actuación solo respondió a la aplicación de la normativa vigente y que el cobro se debe a la multa administrativa que la ley contempla en estos casos y no a una discriminación en razón de la identidad de género de la actora.

b. Derecho

Tal como indica la Sala Quinta de revisión de Tutelas de Corte Constitucional de Colombia, ésta debió resolver el siguiente problema jurídico:

¿La Dirección de reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional violó los derechos a la autonomía, al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad y a la igualdad de la señora Gina Hoyos por hacerla destinataria de la Ley 48 de 1993 como a un varón – tal como la identifican sus documentos- a pesar de que ella se reconoce a sí misma como una mujer transexual?

La Corte Constitucional, para resolver el asunto aborda dos temas: a) la identidad de género y la orientación sexual, y b) los derechos fundamentales a la dignidad, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad.

- ***La identidad de género y la orientación sexual***

La Corte Constitucional parte por destacar la importancia de distinguir adecuadamente los conceptos de identidad de género y de orientación sexual. La comprensión cabal de estas nociones incide directamente en el entendimiento de los casos y en la eventual atribución de consecuencias normativas, como se verá a lo largo de la sentencia. Se hace la precisión de que estos conceptos no se pueden tomar como criterios excluyentes ya que se transforman continuamente a partir de la experiencia personal y de la forma en que cada ciudadano se apropia de su sexualidad.

Para abordar los conceptos, la Corte Constitucional adopta como propias las definiciones contenidas en los **Principios de Yogyakarta**³⁸, indicando que estos principios hacen parte del marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la modalidad de *soft law* y, por tanto, resultan importantes como criterios orientadores:

"Los Principios de Yogyakarta no fueron expedidos por una autoridad que formalmente haga parte de alguno de los sistemas del DIDH, no obstante, aplicando los principios generales del

³⁸ Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Fueron elaborados por una comisión de expertos a petición de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Mary Robinson, en el año 2006, quien fue una de sus coautoras; y fue presentado al Consejo de Derechos Humanos en 2007. Estos principios definen: a) orientación sexual: La orientación sexual abarca los deseos, sentimientos, y atracciones sexuales y emocionales que puedan darse frente a personas del mismo género, de diferente género o de diferentes géneros; b) identidad de género: Es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida); c) personas transgénero: Las personas transgénero tienen una vivencia que no corresponde con el sexo asignado al momento de nacer. Cuando el sexo asignado al nacer es masculino y la vivencia de la persona, en los términos descritos es femenino, dicha persona generalmente se autorreconoce como una mujer trans. Cuando el sexo asignado al nacer es femenino y la vivencia de la persona es masculina, dicha persona generalmente se autorreconoce (sic) como un hombre trans y; d) personas cisgénero: Las personas cisgénero tienen una vivencia que se corresponde con el sexo asignado al nacer. Cuando el sexo asignado al nacer es masculino y la vivencia de la persona, en los términos descritos, es masculina, dicha persona es un hombre cisgénero. Cuando el sexo asignado al nacer es femenino, y la vivencia de la persona también es femenina, dicha persona es una mujer cisgénero.

soft law -es decir, normas que fueron expedidas por fuera del sistema de fuentes formales del derecho internacional- se pueden incorporar con el objetivo de tener un parámetro integral para aplicar eficientemente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la protección de la identidad de género y la orientación sexual. Estos principios afirman la obligación primordial que cabe a los Estados, autoridades e incluso a actores de la sociedad civil en cuanto a la implementación de los derechos humanos. Además, brinda recomendaciones sobre las responsabilidades de todas las instancias involucradas en materia de promoción y protección³⁹.

A partir de la definición contenida en estos principios, la Corte indica:

"La Sala reconoce que la clasificación clásica y binaria entre hombre y mujer responde a una construcción cultural que debe ser revaluada a partir de, entre otros, los conceptos de identidad de género y orientación sexual. Esto, con el fin de abandonar estereotipos arraigados en la sociedad y que tienen el potencial de generar una discriminación sistemática. En ese sentido, por ejemplo, es perfectamente posible que una mujer transexual, es decir una persona a la que en su nacimiento le fue asignada la identidad de género de un hombre pero que decidió hacer el tránsito de identidad, sienta atracción sexual por los hombres por lo que su orientación sería heterosexual. Esto permite concluir que solamente cada persona -según su vivencia y proyecto de vida- es la que tiene el poder y el derecho de decidir la manera como su identidad de género y orientación sexual se complementan e interactúan⁴⁰.

Hechas estas precisiones la Sala resume el estado actual de la discusión sobre la protección de la identidad de género y la orientación sexual en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A partir de este análisis concluye:

"Como puede observarse, el DIDH, en diferentes instancias se ha ocupado de la orientación sexual y la identidad de género, muestra una línea protectora clara en términos generales y en la resolución de casos concretos que se han ocupado de varios problemas estructurales que afrontan las mujeres y los hombres transgénero en distintas latitudes⁴¹.

Habiendo analizado el marco normativo del DIDH, la Sala se refiere al marco constitucional en materia de protección a la orientación sexual e identidad de género.

- ***Derechos fundamentales a la dignidad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad***

Frente al derecho a la dignidad, la Corte Constitucional indica que el mismo debe entenderse bajo dos dimensiones: a partir de su objeto concreto de protección y desde su funcionalidad normativa. Frente a la primera, el tribunal ha identificado tres lineamientos: i) la dignidad humana comprendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; ii) la dignidad humana entendida como el conjunto de ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y iii) la dignidad humana vista como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación⁴².

³⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-099/15, párr. 48.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 39.

⁴¹ *Ibidem*, párr. 49.

⁴² *Ibidem*, párr. 66.

Como funcionalidad de la norma, indica que pueden identificarse tres expresiones de la dignidad: i) como valor, por ser principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado; ii) como principio constitucional; y iii) como derecho fundamental autónomo. Este concepto guarda una estrecha relación con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la identidad personal⁴³.

En ese sentido, reiterando lo que había asentado en la **sentencia C-336/08**, la Corte indica:

*"Como consecuencia lógica del respeto por la dignidad de la persona se encuentra el de **libre desarrollo de la personalidad**, cuyo núcleo esencial protege la libertad general de acción, involucrando el derecho a la propia imagen y la libertad sexual, entre otras manifestaciones de la personalidad merecedoras de protección. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como **derecho a la autonomía e identidad personal**, busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional. Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social. **Se configura una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia.** Así, para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado"⁴⁴.*

En base a este análisis la Corte indica que:

"[...] la dignidad humana, ha sido entendida la autonomía de los sujetos para diseñar un plan de vida y de determinarse según sus características; además implica que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación. Este derecho tiene un nexo inescindible con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la identidad personal, potestades cuyo ejercicio trasciende plano individual, por eso sus manifestaciones públicas deben ser objeto de protección sin perjuicio de los límites que imponen los derechos de otros y el mantenimiento del orden social. Generalmente, en estos escenarios de expresión de los derechos se presentan situaciones que pueden ser violatorias del derecho a la igualdad"⁴⁵.

A partir de estos estándares, la Corte Constitucional concluye que es violatorio de los derechos a la dignidad, a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres transgénero exigirles que cumplan con los deberes previstos para los varones en la Ley 48

⁴³ *Ídem*.

⁴⁴ *Ibidem*, citando la sentencia C-336/08. El destacado es nuestro.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 73.

de 1993:

*"A partir de la dogmática general de los derechos a la dignidad, a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad, la Sala concluye que las autoridades desconocieron abiertamente los alcances y contenidos de estos derechos. En efecto, no se observa esfuerzo alguno por parte de las autoridades involucradas en la tutela -especialmente el Ejército Nacional- por aplicar un enfoque diferencial que tuviera en cuenta la identidad de género de la señora Gina Hoyos Gallego y la forma como ella misma claramente se autoreferencia como mujer. La peticionaria fue sometida a una serie de procedimientos administrativos (la convocatoria a un Distrito Militar, la imposición de una multa, entre otros) que constituyeron acciones que atentaron contra su dignidad, ya que desconocieron la manera como la accionante se define a sí misma en términos identitarios, invisibilizaron su autonomía para determinarse y manifestarse según su plan de vida, generaron situaciones humillantes y ofensivas. Sin duda, **la señora Hoyos sufrió un trato denigrante al ser tratada de manera sistemática como si fuera un hombre a pesar de ser mujer.***

[...]

"La negación de su condición de mujer por parte del Ejército, que la trató como si fuera un hombre, con base en el argumento de que los documentos de identidad son la única forma para definir el género de una persona para efectos de atribuir consecuencias jurídicas -como el cobro de la multa por extemporaneidad en la presentación de la actora ante las autoridades militares- constituyen un tratamiento indigno, violatorio de los derechos a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad.

*"Efectivamente, la identidad de género y la orientación sexual son aspectos inherentes a los individuos que hacen parte de su fuero interno, pero deben tener la posibilidad de ser exteriorizados plenamente, de ser reconocidos y respetados, incluso de generar o excluir de ciertas consecuencias jurídicas. **Cualquier actuación judicial o administrativa debe aceptar que el reconocimiento pleno de estos derechos está ligado a la posibilidad de que las personas puedan expresar plenamente su sexualidad y que la misma no puede ser objeto de invisibilización o reproche, especialmente por el Estado, que tiene un deber cualificado de protección.** Esto implica un deber de respeto y garantía frente a la dignidad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos transgénero. Tales obligaciones vinculan a todas las autoridades del Estado y su inobservancia puede acarrear consecuencias disciplinarias o penales según sea el caso"⁴⁶.*

27

En este sentido, la Corte concluye que las mujeres transgénero que se autorreconocen plenamente como tales, por ser mujeres, no están sujetas a las obligaciones legales dirigidas a los varones, como es solicitar la expedición de la libreta en los casos señalados por la ley. En este sentido, la Corte declara que la señora Hoyos "no requiere de la libreta militar para vincularse laboralmente con el Estado o realizar cualquier otro tipo de gestión ante las autoridades públicas o privadas, quienes no podrán exigirla bajo ninguna circunstancia a riesgo de violar sus derechos fundamentales e incurrir en sanciones judiciales y administrativas por tal conducta"⁴⁷.

- **Derecho a la igualdad**

La Corte Constitucional igualmente indica que es violatorio del derecho a la igualdad tratar

⁴⁶ *Ibídem*, párr. 98. El destacado es nuestro.

⁴⁷ *Ibídem*, párr. 100.

de manera diferenciada a una mujer transgénero -con respecto al trato que reciben las mujeres cisgénero- para exigirle cumplir con las obligaciones legales -dirigidas a un varón- en materia de regularización de la situación militar:

"En este caso, la señora Hoyos Gallego, a pesar de ser mujer, fue sometida a los trámites administrativos que debería cumplir un hombre para regularizar su situación. La actuación del Ejército hace posible suponer que la entidad considera que es legítimo tratar de manera distinta a dos grupos de mujeres: a las mujeres cisgénero -pues no las considera destinatarias de la norma- y las mujeres transgénero, a quienes considera vinculadas por la misma, pues probablemente las clasifique como varones. En efecto, la demandante fue obligada a presentarse ante un Distrito Militar y la Dirección de Reclutamiento y Control de reservas del Ejército Nacional le impuso una sanción por su 'presentación extemporánea'"⁴⁸.

*"Para la Sala, la diferenciación realizada por el Ejército entre mujeres cisgénero y transgénero se basa en un criterio sospechoso: la identidad de género de la accionante. En efecto, el artículo 13 CP establece que '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'. (Resaltado fuera del texto). La interpretación del concepto 'sexo' deberá considerar su relación con la identidad de género y por eso no cabe duda de que se trata de una categoría de distinción proscrita por nuestra Constitución. Cualquier actuación basada en ese criterio, en principio, debe ser evaluada por medio de un juicio estricto de igualdad para establecer si se presentó un evento discriminatorio"⁴⁹.*

Aplicando el test de escrutinio estricto, la Corte determina que la diferenciación no supera el primer paso del test:

*"En este caso, la actuación del Ejército no supera el primer paso del test. En efecto, **no es posible encontrar un fin imperioso que justifique el tratamiento diferenciado** dado a la actora quien, a diferencia de las mujeres cisgénero, fue compelida a cumplir obligaciones propias de los varones en cuanto a la regularización de la situación militar y al pago de la multa por extemporaneidad. La justificación que dio el Ejército para su actuación se refirió al nombre legal de la demandante y a la supuesta desigualdad que generaría entregar gratuitamente la libreta militar a la señora Hoyos, con respecto a otros individuos de grupos minoritarios que sí adelantan los trámites correspondientes, por ejemplo las víctimas de la violencia, los desmovilizados, indígenas y discapacitados.*

"Sin embargo, la autoridad militar no estableció los términos de la comparación de manera adecuada. En efecto, no se trata de comparar a la señora Gina Hoyos Gallego con otros varones, ella es una mujer, no comparable con los hombres para estos efectos, debe ser comparada con otras mujeres, pues lo contrario sería discriminatorio. Además, el ejército ignoró que la identidad de género no necesariamente se corresponde con la identidad legal. Tanto la identidad de género como la orientación sexual son conceptos complejos, en constante transformación, cuyo dinamismo corresponde a la experiencia individual y a la forma en la que cada sujeto se apropia de su sexualidad"⁵⁰.

Concluye la Corte:

⁴⁸ *Ibidem*, párr.101.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 102.

⁵⁰ *Ídem*. El destacado es nuestro.

"La constatación de la falta de razones imperiosas para dar un tratamiento diferenciado y que ha generado un trato discriminatorio, hace innecesaria de la aplicación de los demás pasos juicio estricto de igualdad, consistentes en el estudio de los fines perseguidos, de los medios elegidos para ello y de la proporcionalidad -en estricto sentido- del sacrificio de los derechos involucrados frente los objetivos buscados"⁵¹.

La Corte determina que incluso habiendo dudas acerca de la identidad de género de la actora y no habiendo un mecanismo expedito y razonable que permita a las personas cambiar de sexo en los documentos oficiales, las autoridades militares no podrían haberle solicitado ninguna documentación para demostrar su condición de mujer transexual:

*"Aunque hubiera dudas derivadas de una contradicción identitaria entre los documentos y el sujeto que indujo a confusión a las autoridades castrenses, no cabe la incertidumbre si se reconoce que solamente **cada persona, según su vivencia y su proyecto de vida, tiene el poder y el derecho de decidir sobre la interacción y expresión de su identidad de género y orientación sexual**. Tal concepción responde al estado actual de la discusión en la materia y a los estándares de protección del DIDH. Además, coincide con el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en la materia. Por lo tanto, para esta Sala resulta inadmisibles la actuación de la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional. Además la Sala enfatiza, teniendo en cuenta que no existe un mecanismo expedito y razonable que permita a las personas cambiar de sexo en sus documentos oficiales, en que **era suficiente la sola declaración de la actora que afirmó su identidad de género como la de una mujer transexual**. Por lo tanto, las autoridades militares tampoco podían haberle solicitado, bajo ninguna circunstancia, una declaración judicial, notarial o médica para demostrar su condición de mujer transexual que, como tal, no es destinataria de la obligación de prestar el servicio militar"⁵².*

- **Discriminación estructural y medidas para los poderes públicos**

La Corte Constitucional indica que las personas transexuales sufren una situación de discriminación estructural y que son invisibilizadas y tratadas bajo categorías anacrónicas y degradantes para normalizar a estos individuos en desmedro de sus derechos. En atención a esta circunstancia, e indicando que los efectos del fallo solo se extienden al caso concreto y a otros de igual naturaleza⁵³, la Sala realiza algunas consideraciones en atención a los obstáculos que tienen que enfrentar los hombres y mujeres *trans*:

"Ya que el Ministerio del Interior manifestó que espera presentar un proyecto de Ley de Identidad de Género prontamente, esta Sala se permite adoptar las siguientes decisiones.

*"La Sala instará al Ministerio del Interior a que, si no lo ha hecho todavía, **incorpore en el mencionado proyecto de Ley de Identidad de Género, algunas disposiciones encaminadas a diseñar un protocolo efectivo de cambio de identidad y de sexo en los documentos oficiales** para los ciudadanos transgénero con pleno respeto a sus derechos, sin intromisiones físicas ni psiquiátricas que patologicen su opción sexual"⁵⁴.*

⁵¹ *Ibidem*, párr. 103.

⁵² *Ídem*. El destacado es nuestro.

⁵³ *Ibidem*, párr. 105.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 106. El destacado es nuestro.

"Del mismo modo, **se exhortará al Congreso de la República para que expida normas sobre la materia**, toda vez que la omisión de legislar sobre el tema ha perpetuado un parámetro de exclusión que ha sometido a las mujeres y hombres que transitan entre géneros a constantes tratos denigrantes y crueles, como fue documentado a lo largo de este proceso⁵⁵.

"Se ordenará al Ministerio de Defensa **diseñar e implementar un protocolo de admisión de hombres transexuales** –quienes en principio estarían en la obligación de prestar el servicio militar- y de mujeres transexuales que, de manera voluntaria, aspiren a entrar a las Fuerzas Armadas. Este documento deberá garantizar el derecho de estos ciudadanos a no ser discriminados en razón de su identidad de género u orientación sexual⁵⁶.

"Por último, la Sala le solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que distribuya, de la manera más expedita posible, esta sentencia en todos los despachos judiciales del país con el fin de que **los jueces conozcan y apliquen este precedente que establece que las mujeres transexuales que se autoreferencian como tales no son destinatarias de las normas que regulan el servicio militar obligatorio en Colombia** [...] Los jueces tienen la responsabilidad de, no solo entender las diferencias y las relaciones entre estos dos conceptos, sino de integrarlos a una práctica sostenida dirigida al reconocimiento pleno de la capacidad que tienen los ciudadanos de definir, en la manera y el momento que consideren oportunos, su sexualidad⁵⁷.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 107. El destacado es nuestro.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 108. El destacado es nuestro.

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 110. El destacado es nuestro.

Corte Constitucional de Colombia. Auto 009/15 de 27 de enero de 2015

a. Hechos

Mediante la conocida Sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional declaró la existencia de un “estado de cosas inconstitucional” en materia de desplazamiento forzado interno, al constatar la vulneración masiva, sistemática y grave de los derechos fundamentales de la población desplazada en el país.

En el marco del seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, la Corte profirió el auto 218 de 2006⁵⁸, a través del cual señaló la necesidad de diseñar e implementar una perspectiva diferencial concreta que reconozca que el desplazamiento forzado afecta de forma distinta a los niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, mujeres, grupos étnicos y personas con discapacidad.

Al observar que la situación de las mujeres, jóvenes, niñas y adultas mayores desplazadas por el conflicto armado constituye una de las manifestaciones más críticas del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional emitió el Auto 092 de 2008 con fundamento en su condición de sujetos de especial protección constitucional. En dicho auto, la Corte señaló que las mujeres desplazadas están mayormente expuestas al riesgo de violencia y abuso sexuales, así como a la prostitución forzada, la esclavitud sexual y la trata de personas con fines de explotación sexual. En particular, se llamó la atención sobre el surgimiento de dinámicas sexualmente violentas durante la etapa de emergencia del desplazamiento. Las condiciones de hacinamiento que a menudo prevalecen en los albergues, alojamientos temporales y asentamientos propician la mayor exposición de las mujeres, adolescentes y niñas desplazadas a la violencia, el abuso y el acoso sexuales. Se detectaron falencias por parte de las autoridades competentes en la adopción de medidas para detectar y combatir la violencia sexual, contrarrestando los factores de riesgo y se señaló la inexistencia de programas para la atención de mujeres, jóvenes y niñas desplazadas víctimas de violencia o abuso sexuales.

A partir de las constataciones fácticas efectuadas por la Corte, mediante la orden segunda del Auto 092 de 2008, la Corte dio traslado al Fiscal General de la Nación de un documento reservado contentivo de ciento ochenta y tres (183) casos de violencia sexual para que el ente investigador, adoptara las medidas pertinentes para iniciar las investigaciones penales de estos casos con la mayor celeridad. Igualmente, se dio traslado de este documento al Procurador General de la Nación con la invitación de ejercer una labor de vigilancia estricta

⁵⁸ Auto 218 del 24 de agosto de 2006. Magistrado Ponente (MP): Manuel José Cepeda Espinosa.

sobre el desarrollo de los procesos investigativos y de restitución de derechos fundamentales a las víctimas de los delitos.

Asimismo, mediante la orden tercera del Auto 092 de 2008, la Corte solicitó al Director de la Agencia Presidencial para la Acción y la Cooperación Internacional el diseño, implementación y seguimiento de trece (13) programas tendientes a prevenir el impacto desproporcionado y diferencial del desplazamiento forzado sobre las mujeres colombianas, y proteger de manera efectiva los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del desplazamiento.

La sentencia que se comenta a continuación, es el auto de seguimiento 009/15, por medio del cual la Corte Constitucional Colombiana evalúa el nivel de cumplimiento de las órdenes que se han emitido en el marco de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, en particular, de las que fueron adoptadas en el Auto 092 de 2008.

b. Derecho

Para analizar el nivel de cumplimiento, la Corte Constitucional se detiene en el marco fáctico que da cuenta de la persistencia de violencia sexual, esclavitud sexual y prostitución forzada contra las mujeres, niñas, adolescentes y mujeres con discapacidad perpetrada por actores armados. A partir de este contexto fáctico, la Corte analiza con detención las obligaciones constitucionales que recaen sobre el Estado Colombiano, especialmente en las derivadas del deber de debida diligencia en materia de prevención, atención, protección y los derechos a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición a favor de las víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado y el desplazamiento forzado. Finalmente, de acuerdo a lo anterior, la Sala de la Corte ordena la adopción de medidas que considera necesarias para salvaguardar los derechos fundamentales de las víctimas de violencia sexual.

- ***Violencia sexual: caracterización y factores de riesgo***

La Sala de seguimiento de la Corte Constitucional constata, a través del análisis de informes de organismos internacionales y nacionales de derechos humanos, que persiste la violencia sexual en contra de las mujeres en el contexto del conflicto armado y desplazamiento forzado. Destaca que este tipo de violencia persiste como una manifestación de la discriminación y violencia de género:

"[...] a lo largo del seguimiento adelantado por esta Sala Especial en los últimos seis años, se observa con alarma que la violencia sexual persiste como una expresión de la discriminación y las violencias de género, agravadas de manera exacerbada en el marco del conflicto armado interno y el desplazamiento forzado por la violencia. E, igualmente, persisten los actos de violencia sexual perpetrados por actores armados.

"Por tanto, no sólo es necesario asumir medidas encaminadas a atender y reparar a las mujeres desplazadas víctimas de violencia sexual, sino que también es necesario asumir medidas frente a los contextos de discriminación y violencias de género que afectan a la

*población femenina en Colombia, como parte del deber de prevenir y garantizar medidas de no repetición respecto de la violencia sexual contra las mujeres con ocasión al conflicto armado y al desplazamiento forzado*⁵⁹.

La Corte Constitucional caracteriza la violencia sexual e indica cuáles son los factores de riesgo que se encuentran tras su perpetración:

"La violencia sexual contra mujeres desplazadas tendría las siguientes características; (i) se inscribe en contextos de discriminación y violencias de género; (ii) Se ha manifestado en toda clase de actos de barbarie contra las mujeres perpetrados por los diferentes actores armados; (iii) Es susceptible también de ser perpetrada por actores no armados, principalmente aquellos pertenecientes a los círculos próximos de las mujeres en condición de desplazamiento; (iv) Tiene alta probabilidad de repetición o de generación de fenómenos de revictimización; (v) Tiene como principales zonas de ocurrencia a los departamentos y regiones periféricas del país; (vi) Tiene como principales responsables a actores armados como: los paramilitares, las guerrillas, algunos integrantes de la Fuerza Pública y los grupos pos-desmovilización".

*"Igualmente, varias fuentes han puesto de presente la continuidad de determinados factores de riesgos, que potencian la concreción de la violencia sexual contra las mujeres en condición de desplazamiento, así como exacerban de manera desproporcionada sus impactos. Estos factores son: (i) **factores de orden contextual** y (ii) **factores de orden subjetivo**. Dentro de los primeros encontramos: (i) la presencia de actores armados en los territorios, y (ii) la ausencia o debilidad institucional frente a los fenómenos de violencia sexual contra las mujeres. Y, dentro de los segundos, podemos dar cuenta de los enfoques sub-diferenciales de: (i) edad, (ii) pertenencia étnica o racial, y (iii) condición de discapacidad.*

*"Sin embargo, para la Sala resulta decisivo dar relieve al **factor de riesgo contextual** de presencia de los actores armados en los territorios, bajo la modalidad de un control territorial y social significativo; toda vez que este permite presumir de manera razonable que los actos de violencia sexual allí perpetrados, se encuentran directamente vinculados con el conflicto armado y que, por ende, son un factor de nuevos desplazamientos, o un factor de revictimización para las mujeres que allí se han asentado tras haber sido desplazadas. En tal sentido, las autoridades competentes deberán emplear esta presunción a fin de prevenir, atender, registrar, investigar, enjuiciar y reparar los actos de violencia sexual contra las mujeres allí ocurridas, teniendo en cuenta esta correlación conflicto armado, presencia de actores armados, desplazamiento y violencia sexual"*⁶⁰.

Resulta particularmente interesante que la Corte Constitucional, cuando analiza el fenómeno de la violencia sexual en el contexto del conflicto armado, aplica un enfoque diferencial, esto es, analiza el impacto de la violencia sexual, así como sus factores de riesgo, atendiendo las particularidades del titular de derecho. En este sentido, hace un análisis diferenciado de la violencia sexual en niños y niñas, mujeres discapacitadas, mujeres indígenas y mujeres afrodescendientes. En cuanto a la realidad de estos grupos, la Corte indica:

*"De tal manera, que ante la gravedad de los patrones fácticos de la violencia sexual, derivados de la **condición étnica de ser niños, niñas o adolescentes** en medio del conflicto; la Corte asumirá medidas de especial protección respecto de la población infantil y juvenil, no*

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia. Auto 009/15.

⁶⁰ *Ibidem*. El destacado es nuestro.

sólo femenina sino también masculina, teniendo en cuenta que su condición per se implica, en virtud de la edad, una situación de indefensión y vulnerabilidad frente a los diferentes tipos de violencia. [...]

"Por tanto, la Sala concluye que las **mujeres indígenas**, especialmente las niñas y las adolescentes, han percibido diferentes tipos de violencia sexual con ocasión al conflicto armado, como expresión de la discriminación estructural que sobre estas se cierne por razones étnicas. De tal forma, que el desplazamiento forzado de las comunidades y pueblos indígenas, como consecuencia de actos de violencia sexual contra sus mujeres, se torna por extensión en una manifestación más de la discriminación estructural que afecta a estas comunidades y pueblos en Colombia. [...]

"Igualmente, la Sala Especial ha tenido conocimiento, a través de múltiples informes y denuncias, de casos de violencia sexual contra **mujeres afrodescendientes**, que dan cuenta de los graves riesgos e impactos que suponen los contextos de conflicto armado y de violencia para estas mujeres. En estos contextos, los riesgos e impactos agravados se encuentran íntimamente vinculados con factores como: (i) la discriminación histórica respecto de la población afro en Colombia, (ii) su presencia en regiones periféricas del país, en las que también hacen presencia actores armados, y (iii) las condiciones de pobreza y de exclusión social a las que se encuentra sometida buena parte de la población afro del país. En consecuencia, la violencia sexual, como rasgo del conflicto armado y del desplazamiento forzado, afecta de manera exacerbada a las mujeres afrodescendientes, tal como fuera advertido por esta Corte en los Autos 092 de 2008 y 005 de 2009. [...]

"La presencia de actores armados en los territorios representa para los niños, las niñas, las adolescentes y las **mujeres en condición de discapacidad**, riesgos y afectaciones extremos pues no sólo están expuestos a los riesgos y afectaciones propios de la condición de discapacidad, sino a la vulnerabilidad de ser violentados sexualmente, en razón de sus: (i) limitaciones para resistir o repeler físicamente las agresiones sexuales, (ii) dificultades para comprender las mismas, o (iii) barreras para comunicarlas y así acceder a la justicia; (iv) la coacción violenta respaldada por el uso de las armas"⁶¹.

- **Obligaciones constitucionales derivadas del deber de debida diligencia en la prevención, atención, protección y acceso a la justicia a favor de las mujeres sobrevivientes de la violencia sexual perpetrada por actores armados**

La Corte Constitucional, al realizar el seguimiento de la sentencia T-04, efectúa un desarrollo extenso y detallado de las obligaciones constitucionales derivadas del deber de debida diligencia. Para ello, desarrolla su argumentación en torno a tres elementos: a) prevención de la violencia sexual; b) atención y protección de víctimas y; c) investigación, enjuiciamiento y sanción a los responsables.

En relación a la **debida diligencia en la prevención** de la violencia sexual, la Corte Constitucional relaciona este concepto con las obligaciones del Estado en materia de prevención de la discriminación por género:

"La debida diligencia en la prevención de la violencia sexual por parte del Estado, parte de su compromiso internacional de adoptar todas las medidas necesarias -administrativas, legislativas, judiciales, financieras y fiscales- para la adopción, implementación y seguimiento

⁶¹ *Ibidem*. El destacado es nuestro.

de políticas públicas efectivas y adecuadas tendientes a eliminar toda manifestación de violencia y discriminación en razón del género; teniendo en cuenta que, como fuera consignado en la Declaración de Beijing, y en la misma línea, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 'la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, a la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo'.

"De tal manera que, la existencia de una relación entre discriminación y violencia de género, obliga al Estado a emprender acciones para erradicar la primera, generando a su vez impactos considerables en la disminución de los factores de riesgo y la concreción de la segunda. Por tanto, las obligaciones generales de prevención deben apuntar a la producción de cambios en la sociedad y en las instituciones, a fin de transformar los imaginarios sociales, paradigmas, hábitos y cualquier conducta o actitud que atribuya roles de género degradantes sobre la condición femenina, que designe concepciones estereotipadas de la sexualidad y el cuerpo de la mujer y, en general, que expresen discriminación de género"⁶².

La Corte Constitucional entiende que las medidas de erradicación de la violencia deben ser integrales y deben incluir medidas apropiadas y que se implementen sin dilaciones. Por medios apropiados para desarrollar políticas de prevención, se entiende:

"[...] (i) la **transformación de la cultura institucional** estatal frente a la violencia y la discriminación contra la mujer; (ii) la **transformación de la cultura de la sociedad** en general; (iii) la adopción de **mecanismos administrativos y legislativos** que procuren el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y discriminación; y (iv) la aplicación de la **garantía de verdad, justicia y reparación** a las sobrevivientes de violencia sexual, en tanto medida preventiva por excelencia y la 'primera línea de defensa' contra este tipo de violencia"⁶³.

Desde la perspectiva de la **atención a las víctimas** de violencia, la Corte Constitucional indica que "las sobrevivientes de violencia sexual, deben ser atendidas de forma inmediata, integral, especializada, con enfoque diferencial, de forma gratuita y durante el tiempo necesario para superar las afectaciones físicas y psicológicas derivadas de las agresiones, y que la cobertura de esta atención debe incluir a la familia de la víctima"⁶⁴. En este sentido, la Corte Constitucional reitera sus criterios referidos a que el acompañamiento no solo es médico, sino también de alojamiento y alimentación, bajo el entendido de que estos dos últimos componentes hacen parte de su derecho fundamental a la atención integral en salud. La Corte pone especial énfasis en la necesidad de restablecer la salud sexual y reproductiva:

"En particular, la Sala hace énfasis en el derecho de las víctimas de violencia sexual a restablecer de manera plena su salud sexual y reproductiva, y en la obligación del Estado de proveer asistencia médica completa, gratuita y permanente. El Estado debe brindar a las sobrevivientes de violencia sexual los recursos integrales en salud, tales como: exámenes médicos completos y tratamientos de calidad, que por un lado, diagnostiquen de manera completa las afectaciones en la salud de las sobrevivientes, y por otro, ordenen las medidas y tratamientos necesarios para superar estas

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*. El destacado es nuestro.

⁶⁴ *Ibidem*.

*afectaciones. De tal manera que, las instituciones competentes deben practicar exámenes especializados para determinar detalladamente las afectaciones a la mujer, especialmente las que lesionan la salud sexual y reproductiva de las mujeres, y luego garantizar el tratamiento idóneo para su recuperación*⁶⁵.

Por otro lado, la Corte señala que de acuerdo con las agudas circunstancias de vulnerabilidad de las mujeres agredidas sexualmente en el marco del conflicto armado interno y el desplazamiento forzado, las ayudas derivadas del hecho del desplazamiento forzado deben ser asignadas de forma inmediata. De tal modo, que las entidades deben actuar con la debida diligencia al reconocer y entregar las ayudas de emergencia, tendientes a la estabilización socioeconómica de las mujeres víctimas⁶⁶.

En relación a la **investigación, enjuiciamiento y sanción de actos de violencia sexual**, la Corte Constitucional indica que constituye una de las obligaciones constitucionales capitales de debida diligencia que recae sobre el Estado colombiano, particularmente en los contextos de conflicto armado interno y desplazamiento forzado. La Corte se refiere a la importancia del cumplimiento de estos deberes en miras a la prevención de la violencia sexual:

*"La inobservancia del deber de debida diligencia en las investigaciones, juicios y sanciones penales contra los responsables de violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional de Humanitario, propicia la perpetuidad de las condiciones sociales que dan lugar a la vulneración de los derechos fundamentales de las sobrevivientes de estos crímenes sexuales, en tanto la inacción o actuación deficiente del Estado en la vinculación de los responsables a un proceso penal y la aplicación de las sanciones correspondientes, refuerza los patrones de discriminación y violencia, al enviarse un mensaje a la sociedad y a los agresores en el sentido que la violencia contra las mujeres es tolerada, y que su comisión no apareja consecuencias jurídico-penales ni rechazo institucional. En esa medida, la garantía de que los agresores serán enjuiciados y sancionados **representa una de las principales estrategias de prevención contra la violencia y discriminación de género**, incluida la violencia sexual*⁶⁷.

Para la Corte Constitucional, el cumplimiento de la debida diligencia en materia de investigación, enjuiciamiento y sanción de la violencia sexual, incluye los siguientes deberes: (i) el deber de oficiosidad en el impulso de las investigaciones; (ii) el deber de recaudar las evidencias probatorias de acuerdo con los estándares internacionales; (iii) el deber de valorar las evidencias probatorias de acuerdo con estándares constitucionales; (iv) el deber de diseñar e implementar metodologías de investigación adecuadas; (v) el deber de calificar los hechos de manera adecuada, (vi) el deber de adelantar las investigaciones en tiempos razonables y sin dilaciones injustificadas; (vii) el deber de dar estricto cumplimiento a los derechos de los que son titulares las víctimas en los procesos penales; (viii) el deber de garantizar la protección y atención de las víctimas y de su núcleo familiar por riesgos contra su vida, seguridad e integridad personal; (ix) la prohibición de tratos discriminatorios o lesivos de la dignidad de las víctimas de actos de violencia sexual;

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*. El destacado es nuestro.

y finalmente, (x) el deber de observar los requisitos constitucionales en las decisiones de archivo de las investigaciones.

Para el desarrollo de estos deberes, la Corte Constitucional de Colombia explica extensamente los estándares fijados por organismos de protección de derechos humanos, específicamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y revisa su propia jurisprudencia en la materia. Tal como se indicó precedentemente, para el análisis de estas obligaciones toma en consideración el enfoque diferencial, que considera las particularidades del titular del derecho. Así, por ejemplo, respecto de niños y niñas víctima de violencia sexual, indica:

"El principio pro infans constituye un criterio hermenéutico derivado del contenido del artículo 44 de la Constitución Política y de múltiples tratados internacionales ratificados por Colombia, que contemplan garantías especiales para los menores de edad y prescriben exigencias reforzadas de diligencia a los funcionarios judiciales que se encuentran a cargo de investigaciones penales por delitos sexuales contra menores de edad. Por ende, estas normativas imponen el deber a los Estados de ejecutar todos los esfuerzos investigativos necesarios para materializar los derechos fundamentales de los menores víctimas en el marco del proceso, especialmente sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y las garantías de no repetición.

Particularmente, el principio pro infans ha sido caracterizado por esta Corte como una pauta hermenéutica que restringe la autonomía de los funcionarios para decretar y valorar pruebas. En este sentido, en caso de dudas sobre la ocurrencia de agresiones sexuales contra menores de edad, las decisiones que adopten los funcionarios deben ser resueltas a favor de los derechos de los menores. Asimismo, constituye un condicionamiento para la aplicación del principio in dubio pro reo en los casos de delitos sexuales contra menores, y una exigencia reforzada de debida diligencia en las investigaciones por estos delitos⁶⁸.

Finalmente, la Corte Constitucional toma en consideración que estos casos se enmarcan en un proceso de justicia transicional en Colombia. En ese sentido, releva el proceso transicional como una oportunidad para incorporar la perspectiva de género en las investigaciones y lograr la paz, resguardando el derecho de las víctimas a la verdad, justicia y reparación:

"Adicionalmente, cabe recordar que de acuerdo con la sentencia C-370 de 2006 de esta Corte, la flexibilidad penal en pro del alcance del derecho fundamental y el valor supremo de la paz, sólo se justifica si se satisfacen de manera adecuada y efectiva los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

"Por tanto, en caso de que la normatividad transicional no genere impactos positivos en el goce efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, la instancia rectora de la política criminal del Estado, está llamada a promover los ajustes pertinentes a fin de materializar los derechos de las víctimas para quienes el ordenamiento jurídico internacional prevé derechos específicos en contextos de Justicia Transicional.

⁶⁸ *Ibidem*, el destacado es nuestro.

"De acuerdo con lo anterior, resultan de especial relevancia las Recomendaciones del Comité de la CEDAW sobre las Mujeres en la Prevención de Conflictos y en Situaciones de Conflicto y Posteriores a Conflictos, dado que estas si bien reconocen la Justicia Transicional como una iniciativa legítima de los Estados para conjurar las causas de los conflictos a través de mecanismos judiciales y extra-judiciales; también enfatizan que la Justicia Transicional representa una oportunidad privilegiada para, de un lado, investigar la violencia sexual como una manifestación de la discriminación o violencia de género, y de otro, establecer reparaciones transformadoras que modifiquen los estereotipos de género que dieron lugar a las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario contra las mujeres en el marco del conflicto. [...]"

"Ahora bien, para efectos de desarrollar directrices de política criminal en materia de investigación, enjuiciamiento y sanción de la violencia sexual con ocasión al conflicto armado y al desplazamiento forzado por la violencia, tanto en procedimientos ordinarios como transicionales, la Sala encuentra que se debe superar la escisión entre, de un lado, el activo ejercicio legislativo en materia de adopción de normas penales para la persecución de este tipo de violencia de género, y de otro, la disposición efectiva y real de capacidad institucional para dar eficacia a este tipo de normas, cuyo objetivo es garantizar a las mujeres víctimas los derechos a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición."

"De cara a la superación de esta escisión, se pueden observar, entre otras, los siguientes estrategias: (i) la planeación del diseño e implementación de programas integrales que permitan poner en marcha las reformas legales introducidas, de manera que garanticen la efectividad de los derechos fundamentales de la población objetivo de la política; (ii) la puesta en marcha ex ante y con suficiente antelación de los programas y rutas institucionales disponibles para efectos de ejecutar las reformas legales introducidas, de tal modo que las entidades competentes no se vean obligadas a asumir nuevas competencias con recursos institucionales insuficientes; y finalmente, (iii) la articulación y coordinación inter-institucional para implementar estas reformas legales, acompañada por una asignación presupuestal suficiente para materializarlas, de tal manera que las diferentes entidades no deban atender estas reformas con una precaria capacidad instalada"⁶⁹.

- **Medidas**

Finalmente, la Corte Constitucional adopta una serie de medidas en el ámbito de la prevención, atención a víctimas e investigación y juzgamiento. Destacamos particularmente tres medidas: a) establecimiento de una presunción de relación cercana y suficiente entre el conflicto armado interno, el desplazamiento forzado por la violencia y los actos de violencia sexual cometidos contra las mujeres; b) órdenes encaminadas a que las autoridades competentes, mediante políticas públicas, contrarresten los estereotipos discriminatorios en virtud del género y; c) órdenes tendientes a garantizar los derechos de las mujeres sobrevivientes de actos de violencia sexual a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición.

⁶⁹ *Ibidem.*

2.3 Chile

Tribunal Constitucional. Sentencia rol 2492-2014 de 17 de julio de 2014

a. Hechos

El 10 de julio de 2013, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, requirió la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 5 numeral 3, del Código de Justicia Militar⁷⁰, para que surta efectos en un proceso penal sustanciado ante el Juzgado de Garantía de Linares. La gestión para la que se solicitó la declaración de inaplicabilidad consiste en el proceso por el delito de apremios ilegítimos y tormentos, establecido en el artículo 150 A del Código Penal⁷¹.

Este proceso se inició por querrela interpuesta por el INDH, en contra de tres carabineros, motivada en el hecho de que éstos habrían propinado tratos vejatorios y lesionado al Carabinero señor Marcos Antilef, incurriendo de esa manera en el aludido delito. El 17 de septiembre de 2012, el señor Antilef, salió de su turno en el retén de Carabineros de Palmilla para dirigirse a una celebración familiar. Al día siguiente, de regreso, cayó el vehículo que manejaba a una zanja del camino, pues se quedó dormido en el volante ya que venía muy cansado por haber bebido alcohol en la celebración familiar.

Los carabineros Eduardo Toledo, Cristián Bustos y Francisco Lagos lo trasladaron al hospital, lugar en el que se le constataron lesiones leves. Fue en ese entonces cuando comenzó a recibir, por parte de ellos, insultos y expresiones discriminatorias, fundados en su procedencia étnica de origen mapuche. Luego de ello, se le condujo al retén de Carabineros de Palmilla. Fue trasladado a las piezas de soltero de ese recinto, espacio en el que se le propiciaron reiterados y fuertes golpes, siendo dejado a su suerte. Fue visto por un sargento, quien, ante sus ruegos, lo llevó al hospital, establecimiento en el que se le diagnosticó fractura cervical y tetraplejía.

El Juez de Garantía de Linares se declaró incompetente para conocer de la causa penal, considerando, principalmente, que se configuraría en este caso, la hipótesis establecida en

⁷⁰ Artículo 5 N°3 Código de Justicia Militar: Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento "De las causas por delitos comunes cometidos por militares durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio militar o con ocasión de él, en los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, fundiciones, maestranzas, fábricas, parques, academias, escuelas, embarcaciones, arsenales, faros y demás recintos militares o policiales o establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas".

⁷¹ Artículo 150 del Código Penal: "Artículo 150 A. El empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación, será castigado con las penas de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente [...]".

la disposición impugnada para entregar el conocimiento de la causa a la justicia militar. Lo anterior, puesto que los sujetos activos del ilícito son funcionarios de Carabineros y su ejecución se realizó con ocasión del ejercicio de sus funciones.

En el marco de la reseñada causa penal, el conflicto de constitucionalidad sometido a la magistratura constitucional, consiste en determinar si es constitucional o no que, por aplicación de la disposición reprochada, sea la jurisdicción castrense la que conozca de un proceso penal por delitos comunes, sólo porque éstos han sido cometidos por militares, en la especie, carabineros.

b. Derecho

El Tribunal Constitucional indica que lo que se encuentra en disputa en este caso consiste en determinar la competencia de la justicia militar como mecanismo protector de los derechos de la víctima, se trate de un militar o no. Para ello, el Tribunal Constitucional señala que esta dimensión no puede resolverse por sí misma sin recurrir a los estándares que vinculan a Chile en materia de justicia militar. En ese sentido, para resolver el conflicto, la máxima magistratura constitucional se refiere a los "nuevos estándares aplicables en materia de justicia militar", indica el Tribunal:

*"Que en el examen para acoger este requerimiento tendrá un papel significativo el establecimiento de nuevos estándares en materia de justicia militar a partir de la obligación impuesta al Estado de Chile, incluyendo a esta jurisdicción constitucional, en orden al deber de respetar y promover los derechos garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile"*⁷².

40

- **Nuevos estándares aplicables en materia de justicia militar**

Dentro de los nuevos estándares aplicables a la materia, el Tribunal Constitucional considera el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, lo indicado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y, principalmente, la jurisprudencia de la Corte IDH. Respecto a ésta, hace referencia al caso Palamara Iribarne⁷³, donde Chile fue condenado y se ordenó al Estado ajustar el modelo de justicia militar a los estándares internacionales:

"Que más significativa para este asunto es la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de su sentencia de 22 de noviembre de 2005 (caso Palamara Iribarne vs. Chile, Serie C Nº 135, identificada bajo el rol CIDH/Nº 135/2005) [...]"

"Que los estándares que se derivan del caso Palamara y que son aplicables a esta causa son: En relación con el derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, el párrafo 125 de la CIDH/Nº 135/2005 contempla como regla general de debido proceso el derecho a ser juzgado por los tribunales ordinarios como punto de partida. El párrafo 124 de la CIDH/Nº 135/2005 reconoce que puede existir una jurisdicción penal militar restrictiva y excepcional, encaminada

⁷² Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia rol 2492-2014, considerando 17.

⁷³ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. (Fondo Reparaciones y Costas)

a la protección de intereses jurídicos especiales. Para ello, las reglas de la jurisdicción especial son válidas para militares, siempre que sean relativas a conductas delictivas típicas del ámbito militar y que lesionen bienes jurídicos militares gravemente atacados. 'Esos delitos sólo pueden ser cometidos por los miembros de instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado'. (Párrafos 126 y 132 de la CIDH/Nº 135/2005). Asimismo, reconoce que los artículos 6º y 7º del Código de Justicia Militar amplían excesivamente la consideración de quién es militar (Párrafo 136 de la CIDH/Nº 135/2005). Finalmente, esta asunción de competencia extendida propia de la jurisdicción ordinaria constituye una vulneración del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, del derecho a ser juzgado por juez competente (Párrafos 142 y 144 de la CIDH/Nº 135/2005). En relación al derecho a ser oído por un juez o tribunal independiente e imparcial, el párrafo 145 de la CIDH/Nº 135/2005 sostiene que el derecho a ser juzgado por un juez imparcial es una garantía del debido proceso. Lo anterior exige que quienes juzgan no estén involucrados en la controversia (Párrafo 146 de la CIDH/Nº 135/2005). En tal sentido, es concluyente el párrafo 155, que indica que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares implican que estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando (...) no cuentan con garantías suficientes de inamovilidad y no poseen una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad. En cuanto al derecho a un proceso público, el Párrafo 166 de la CIDH/Nº 135/2005 nos indica que la Convención Americana, en el artículo 8.5, establece que '[e]l proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia'. En tal sentido, es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público (Párrafo 167 de la CIDH/Nº 135/2005). Bajo estas premisas, concluye que el sumario del proceso penal militar es incompatible con el art. 8.2 c) de la CADH (Párrafo 171 de la CIDH/Nº 135/2005). En esa perspectiva, no hay igualdad de condiciones en la rendición de la prueba con el objeto de ejercer el derecho a defensa (Párrafo 178 de la CIDH/Nº 135/2005)⁷⁴.

El Tribunal Constitucional constata que en la tarea de ajustar la legislación chilena a estos estándares "se ha ido más lento de lo necesario", opinión que recoge también a partir de la sentencia de supervisión de cumplimiento de la Corte IDH de 1 de julio de 2011⁷⁵.

- **Fundamento constitucional de los estándares de justicia militar**

Acto seguido del desarrollo de los estándares aplicables en materia de justicia militar, el Tribunal constitucional analiza si estos estándares encuentran fundamento en el orden constitucional chileno. Para ello, hace mención a la norma de reenvío y que incorpora a las obligaciones de derechos humanos contenidas en tratados internacionales:

"Que la vulneración de los derechos a ser oído por un juez o tribunal competente, a un proceso público y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, constituye un conjunto de infracciones al artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este artículo tiene su correspondencia en el orden constitucional chileno a través del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución⁷⁶".

⁷⁴ Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia rol 2492-2014, considerandos 19 y 20.

⁷⁵ *Ibidem*, considerando 21.

⁷⁶ *Ibidem*, considerando 23.

El Tribunal indica que estas garantías no solo tienen asidero en la norma internacional, sino también en las garantías constitucionales de origen nacional, explica:

"Que no sólo se satisface bajo el requisito formal del artículo constitucional indicado, sino que el derecho a un juez competente es parte del derecho a un juez natural, garantía integrante del debido proceso, reconocido en el artículo 19, numeral 3º, inciso sexto, de la Constitución. Recordemos que esta garantía exige que "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos"⁷⁷.

- **Protección de los derechos de las víctimas en el marco de la justicia militar**

Habiendo analizado el fundamento constitucional de protección de las garantías indicadas, el Tribunal Constitucional se pregunta: ¿Por qué puede ser considerado irracional e injusto que la justicia militar juzgue a Carabineros sometidos al fuero militar, por delitos cometidos contra otro Carabinero?, e indica:

"[...] La respuesta debe darse en el ámbito de las exigencias materiales que le impuso el artículo 83 de la Constitución a la jurisdicción especializada en sede castrense;

*"Que el artículo 83 de la Constitución, junto con disponer cómo se aplican las reglas del ejercicio de la acción penal pública y la dirección de la investigación penal, agrega que "la adopción de medidas para proteger a las víctimas (...) corresponderá(n), en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen". Por tanto, esta norma nos habla claramente de dos cuestiones. Primero, que al no distinguir entre víctimas, éstas pueden ser militares o civiles. Segundo, que debe existir la adopción de esas medidas coherentes con el debido proceso. Si no existe ese núcleo básico de medidas, se produciría una vulneración a las reglas propias de un procedimiento e investigación racional. De esta manera, **la protección de las víctimas queda condicionada a la existencia de tales garantías**"⁷⁸.*

En ese sentido, el Tribunal Constitucional concluye que los derechos de las víctimas son resguardados solo en la medida en que se garantice un debido proceso. De esta forma, analiza los procedimientos ordinarios en relación con el especializado de la jurisdicción militar a la luz de estos estándares, concluyendo que la justicia militar no cumple con estándares adecuados de protección a las víctimas:

"[...] en la justicia militar no existe un estatuto de la víctima. De hecho, la nomenclatura utilizada es 'ofendido' o 'perjudicado'. El artículo 133 del Código de Justicia Militar establece que los sumarios se seguirán exclusivamente de oficio, y no se admite querellante particular. Sólo respecto de delitos en contra de la libertad sexual se exige el consentimiento del ofendido. El artículo 133-A del Código de Justicia Militar señala que los perjudicados por un delito pueden pedir la práctica de determinadas diligencias probatorias, solicitar la publicidad del sumario, pedir la dictación de auto de procesamiento, deducir recurso de apelación en contra de la resolución que la deniegue, entre otros derechos. La víctima puede actuar en el proceso restringiéndose a los límites impuestos por el artículo 133-A del Código de Justicia Militar, sin

⁷⁷ *Ibidem*, considerando 24.

⁷⁸ *Ibidem*, considerados 24 y 25. El destacado es nuestro.

tener calidad de querellante, y depende de las calificaciones del fiscal, sin posibilidades de presentar una acusación autónoma;

*"Que, por tanto, frente a un estándar robusto sobre la excepcionalidad de la justicia militar, cabría esperar que ésta, en sus procedimientos, contuviera derechos procesales básicos que protejan a la víctima. No obstante, cabe consignar, en cumplimiento del artículo 83 de la Constitución, que esta norma exige a lo menos la existencia de medidas que permitan proteger a la víctima. **Sin embargo, el actual proceso penal militar contiene un conjunto mínimo de derechos que le impiden a la víctima el derecho a un proceso público (todo sometido a sumario) y un adecuado derecho a defensa que le permita velar por sus intereses, máxime si el victimario es integrante de la misma institución jerárquica de quien lo juzga, generando una vulneración al derecho a ser juzgado por el juez natural**"⁷⁹*

Finalmente, el Tribunal Constitucional declara inaplicable el artículo 5 N°3 al caso concreto, ya que la aplicación de dicho precepto legal produce efectos inconstitucionales, aún tratándose de una víctima sujeta a la condición de militar. "A la luz de los nuevos estándares en materia de jurisdicción militar, no existe una justificación constitucionalmente admisible para que una persona, civil o militar, se le impida ejercer derechos como víctima de un delito común, y se le prive de un proceso racional y justo"⁸⁰.

Corte Suprema. Sentencia rol 23808-2014 de 5 de agosto de 2015

43

a. Hechos

En una causa seguida ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, por sentencia dictada el diecisiete de junio de dos mil catorce, se acogió la denuncia de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales y rechazó la acción de cobro de prestaciones, a favor del Sindicato de Trabajadores Central de Restaurantes Aramark Limitada N° 2, Faena Collahuasi, en contra de la empresa Aramark Servicios Mineros y Remotos Limitada.

En contra de dicha sentencia, la parte denunciada dedujo recurso de nulidad. La Corte de Apelaciones de Iquique, por sentencia de trece de agosto de dos mil catorce, acogió el recurso y anuló la referida sentencia por adolecer del vicio a que se refiere el artículo 477 del Código del Trabajo, esto es, por haberse dictado con infracción de ley que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, la que estimó configurada por haber acogido, el juez del grado, la denuncia deducida, teniendo por vulnerada la garantía de discriminación que protege a los actores en virtud de una interpretación amplia de la norma, extendiendo la protección legal de derechos y garantías a figuras no contempladas por el legislador,

⁷⁹ *Ibidem*, considerandos 28 y 29. El destacado es nuestro.

⁸⁰ *Ibidem*, considerando 33.

contraviniendo lo dispuesto en los artículos 2⁸¹ y 485⁸² del Código del Trabajo, y anulándose, se la reemplazó por una que se dictó, separadamente y sin nueva vista, en la que se rechazó la denuncia, estimando que la denunciada no había vulnerado el derecho a la no discriminación laboral de los trabajadores demandantes, sin costas. En concreto, la denunciante había indicado que fue discriminada en virtud de su discapacidad física. Sin embargo, la contraria indicó que no se configuraba la causal puesto que la discapacidad no se encontraba dentro de las causales de discriminación del artículo 2 del Código del Trabajo.

En contra de la sentencia que rechazó la demanda se dedujo recurso de unificación de jurisprudencia ante la Corte Suprema, solicitando que se lo acoja y se la uniforme en el sentido que el procedimiento de tutela laboral previsto en el artículo 485 del Código del Trabajo, en relación al artículo 2° del mismo cuerpo legal, en lo referente a la garantía de no discriminación, debe ser de tal amplitud que considere los preceptos constitucionales que refleja dicha norma, permitiendo la tutela de otros aspectos que puedan darse en la relación laboral y que pudieren resultar discriminatorios, más allá de los expresamente indicados en el artículo 2° del Código del Trabajo.

b. Derecho

La materia de derecho respecto de la cual debía pronunciarse la Corte Suprema en este caso, dice relación con la correcta interpretación que debe darse del artículo 485 inciso segundo del Código del Trabajo, en cuanto a si el amparo de dicha norma alcanza únicamente aquellos actos discriminatorios del Código del Trabajo o también a aquellos no expresamente previstos, en atención a lo dispuesto en el artículo 19 N°16 inciso tercero de la Constitución Política de la República.

44

- ***Concepto de discriminación***

Para analizar la controversia, la Corte Suprema analiza los conceptos de discriminación contenidos en el Código del Trabajo, en la Constitución Política y en el Convenio 111 de la OIT (sobre discriminación en materias de empleo y ocupación).

El artículo 2 del Código del Trabajo indica: “[...] Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación [...]”.

⁸¹ Artículo 2 Código del Trabajo: “[...] Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación [...]”.

⁸² Artículo 485 Código del Trabajo (regula procedimiento de tutela laboral) : “También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto”.

Por su parte, la Constitución Política de la República, señala en su artículo 19 N°6 que: "Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos".

En tanto que el Convenio OIT 111 dispone en su artículo 1 que: "A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados".

A partir del análisis de estas normas, la Corte Suprema indica:

"Que, de este modo, de entenderse que la tutela otorgada por el legislador al trabajador víctima de actos discriminatorios durante la vigencia de la relación laboral -de conformidad a lo previsto en el artículo 485 inciso segundo del Código del Trabajo-, se encuentra limitada únicamente a aquellos criterios expresamente previstos por el artículo 2° del Código del Trabajo, como lo ha hecho el tribunal recurrido, importaría concluir que nuestro procedimiento de tutela laboral protege sólo parcialmente el derecho a la no discriminación, excluyendo actuaciones basadas en otros criterios, los no previstos expresamente en la norma laboral, que el legislador nacional sí ha prohibido por otras vías de mayor rango legal, como son la propia Constitución Política de la República y el ya citado Convenio OIT N° 111 de 1958, al cual le resulta plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental"⁸³.

45

En este análisis, la Corte Suprema señala que de ampararse aquella interpretación efectuada por el tribunal recurrido, la magistratura estaría autorizando que se consagre una distinción cuya justificación y razonabilidad es del todo cuestionable. Señala:

"Que, asimismo, de ampararse aquella interpretación efectuada por el tribunal recurrido, esta Corte estaría autorizando que se consagre una distinción cuya justificación y razonabilidad es del todo cuestionable, al otorgar protección mediante este procedimiento a quienes sufran discriminaciones fundadas en '... motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social...'; y negándola a quienes sean víctimas de discriminaciones motivadas por otras razones, distintas de la sola 'capacidad o idoneidad personal', aun cuando aquellas puedan ser tan o más ilegítimas como las mencionadas. Resultando del todo evidente que el catálogo contemplado en el artículo 2° del Código del Trabajo no puede en caso alguno tener pretensiones de exhaustividad, no sólo por resultar más acotado que la protección otorgada por la norma constitucional, sino porque también ha sido superado por normas posteriores que han ampliado dicho catálogo de conductas o criterios sospechosos"⁸⁴.

⁸³ Corte Suprema. Sentencia rol 23808-2014, considerando 7.

⁸⁴ *Ibidem*, considerando 8.

Resulta particularmente interesante, que para dotar de contenido al concepto de discriminación, la Corte Suprema utiliza la *Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia*, indicando que pese a que ésta no ha sido ratificada por Chile, "ilustra acerca de lo que en los últimos años se viene entendiendo por discriminación"⁸⁵.

- ***Interpretación sistemática de la legislación***

Considerando los conceptos de discriminación aludidos, la Corte Suprema determina que es necesario interpretar el artículo 2 del Código del Trabajo a la luz de toda la legislación nacional y de los tratados internacionales suscritos por Chile, considerando además el principio protector que inspira la legislación laboral:

*"Que, finalmente, se debe tener presente la regla de hermenéutica establecida en el artículo 22 del Código Civil, que señala: 'El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía'. Su aplicación conduce a la necesidad de interpretar la norma tutelar antes citada de un modo que resulte armónico, no sólo con el tenor literal del artículo 2º del Código del Trabajo, sino que también con la norma fundamental y con aquellos tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, de los que surgen obligaciones que no pueden ser limitadas por una norma de rango inferior, menos aún en atención al principio protector que inspira la legislación laboral, y que no sólo debe guiar la actuación del legislador, sino también la del interprete"*⁸⁶.

46

Concluye la Corte:

*"Que, en consecuencia, la correcta interpretación de la materia de derecho es aquella que determina que la protección a la garantía de no discriminación o principio de igualdad, otorgada por el procedimiento de tutela laboral -de conformidad a lo dispuesto en el artículo 485 inciso segundo del Código del Trabajo-, no queda limitada únicamente a aquellos actos discriminatorios basados en los motivos o criterios que expresamente prevé el artículo 2º inciso cuarto del Código del Trabajo, sino que se extiende a todas aquellas discriminaciones o diferencias arbitrarias, prohibidas por el artículo 19 N° 16 inciso tercero de la Constitución Política de la República y por el Convenio OIT N° 111 de 1958; razón por la que corresponde acoger el recurso que se analiza y unificar la jurisprudencia en el sentido indicado, y anular la sentencia impugnada para, acto continuo y en forma separada, dictar la correspondiente de reemplazo"*⁸⁷.

⁸⁵ *Ídem*.

⁸⁶ *Ibidem*, considerando 9. El destacado es nuestro.

⁸⁷ *Ibidem*, considerando 10.

Corte Suprema. Sentencia rol 1579-2015 de 8 de julio de 2015

a. Hechos

En esta causa, el recurrente formula la petición de declaración previa a la acción indemnizatoria que concede la letra i) del N° 7 del artículo 19 de la Constitución Política de la República⁸⁸, con la finalidad que se declare que la formalización, privación preventiva durante más de tres meses y el arresto domiciliario nocturno durante más de nueve meses y el rechazo de la tutela de garantías destinado a obtener copia de la evidencia material que fueron resueltas por el Juzgado de Garantía de Los Andes, han sido injustificadamente erróneas o arbitrarias.

Que en la acción declarativa promovida se expone, en síntesis, que el 13 de julio de 2013 el solicitante fue formalizado por el delito de violación propia por hechos cometidos el 26 de junio, 6 y 12 de julio de 2013, en contra de xxxxx⁸⁹, conviviente de su sobrino, a quien habría accedido vaginalmente en los momentos en que se encontraba sola, bajo intimidación. En esa oportunidad el Ministerio Público solicitó se le impusiera la medida de prisión preventiva, presentando como prueba un video del último hecho grabado por la propia víctima con su teléfono celular, la que fue decretada admisible por el tribunal. Agrega que el 22 de octubre la Corte de Apelaciones revocó la medida de prisión preventiva, decretando el juez de garantía el 29 del mismo mes su arresto domiciliario nocturno, firma semanal y arraigo.

Indica que su defensa pidió copia del mencionado video como cautela de garantía, lo que fue desestimado por el órgano jurisdiccional, al igual que el sobreseimiento que se pidió atendido que el Ministerio Público no le permitió acceder a ese registro audiovisual en sus dependencias. Señala también que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dictó sentencia absolutoria en su favor, acreditando el montaje planeado por la supuesta víctima, declarando que no hay antecedentes que acrediten un actuar coactivo de su parte. Precisa que el error de los magistrados reside en decretar la prisión preventiva y mantener esa medida cautelar en decisiones posteriores, así como en rechazar la petición de cautela de garantías con la que se buscaba oír el audio, diligencia que habría permitido descubrir el montaje de la supuesta víctima.

⁸⁸ Artículo 19 N°7, letra i): "i) Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia".

⁸⁹ Identidad reservada en la sentencia.

El Fisco de Chile, en defensa del Estado, pide se rechace íntegramente la solicitud de declaración de error judicial por improcedente, por cuanto la prisión preventiva que se impugna es una medida cautelar prevista en el Código Procesal Penal que no equivale al antiguo auto de procesamiento al que alude el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política de la República, menos aún el arresto domiciliario reprochado por el solicitante. Agrega que la acción penal ejercida por el Ministerio Público, como también la medida cautelar personal dispuesta por el tribunal no resultan carentes de todo fundamento o justificación, pues militaban en contra del imputado una serie de antecedentes serios respecto de la comisión del delito investigado, como son la declaración de la propia víctima, su conviviente y otros testimonios y peritajes psicológicos de credibilidad, además de un video.

b. Derecho

La Corte Suprema, indica que en este asunto es necesario determinar la naturaleza y fines de la indemnización por error judicial, así como analizar si la decisión de someter al imputado a prisión preventiva obedeció a la existencia de antecedentes suficientes que sirven de sustento a la decisión.

- ***Fines de la indemnización por error judicial: garantía de la libertad personal***

Para analizar el asunto, la Corte Suprema inicia su razonamiento estudiando la finalidad de la institución de la indemnización por error judicial, indicando que tiene por objeto garantizar, entre otros, el derecho a la libertad personal. Esta interpretación le permite sostener, que aunque la Constitución se refiera al "auto de procesamiento" como estándar para la procedencia de la indemnización por error judicial, ello no excluye del ámbito de aplicación de la norma a la prisión preventiva:

"Que, primero que todo, cabe atender a la alegación del Consejo de Defensa del Estado por la cual postula la improcedencia de la acción intentada, al no haber sido sometido a proceso ni condenado el sr. xxxxx, como señala el texto del artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política de la República, sino sólo formalizado y sometido a medidas cautelares conforme al texto del actual Código Procesal Penal.

*"Al respecto, como ha dictaminado antes esta Corte en la causas Rol N° 4921-2014 de 9 de junio de 2014 y Rol N° 22.356-14 de 20 de abril de 2015, **el fundamento o ratio legis del derecho a ser indemnizado que consagra el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución, es entre otras garantías, la afectación de la libertad personal del justiciable, pues el aludido derecho a indemnización forma parte del listado de 'consecuencias' que el citado precepto constitucional deriva del 'derecho a la libertad personal y a la seguridad individual' que asegura 'a toda persona'. De ese modo, la alusión que el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución efectúa al sometimiento a proceso obedece precisamente a las generalmente gravosas consecuencias que para la libertad personal del procesado implica una prisión preventiva, sin perjuicio de otras cautelares que afecten de algún otro modo tal garantía constitucional.***

"Por tanto, si bien no es discutido que el actual procedimiento penal no contempla una resolución jurisdiccional que cumpla la función y conlleve los mismos efectos y cargas procesales para el imputado, que el procesamiento tratado en el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, no puede preterirse que la medida cautelar de prisión preventiva -así como las del artículo 155 - en el procedimiento regido por el Código Procesal Penal exige, *mutatis mutandi*, los mismos extremos materiales del antiguo procesamiento, y afecta de la misma manera el derecho a la libertad personal del imputado, **con lo cual una interpretación axiológica, garantista y sistemática debe llevar a concluir que dentro de la expresión 'someter a proceso' utilizada por el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política de la República, se comprende hoy también a aquellas resoluciones de los artículos 140 y 155 del Código Procesal Penal en tanto afecten el derecho a la libertad personal del imputado**⁹⁰.

Siguiendo esta argumentación, la Corte indica que en virtud del principio de primacía constitucional no es posible debilitar la aplicación de la garantía constitucional en virtud de una redacción legal. En este sentido, la máxima magistratura chilena opta por una interpretación pro persona de la normativa:

"Por otra parte, el **principio de supremacía constitucional**, consagrado en el artículo 6, inciso 1° , de la Constitución, **impide justificar un debilitamiento del derecho de jerarquía constitucional** a ser indemnizado del citado artículo 19 N° 7 letra i) por el expediente de un cambio a nivel meramente legal, menos aún si, como arriba se explicó, éste implica sólo sustituir el contexto e iter procesal en que se dicta la resolución que afecta el derecho a la libertad personal del sujeto de la persecución estatal, con el objeto de adecuarla a la nueva estructura acusatoria de enjuiciamiento criminal, pero conserva en idénticos términos los extremos materiales esenciales que hacen procedente su pronunciamiento, así como la consecuencia más gravosa que le da identidad y relevancia dentro del proceso, esto es, la privación o restricción de la libertad personal de aquel contra quien recae.

49

"Lo que se viene reflexionando está en consonancia con uno de los principios fundantes del Estado de Derecho, como el de responsabilidad estatal, enunciado en los artículos 6, 7 y 38, inciso 2°, de la Constitución, y en armonía con el derecho convencional de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes, de obligatoria consideración para el intérprete iusfundamental por la remisión que formula el inciso 2° del artículo 5° de nuestra Constitución. Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone, en su artículo 9.5, que toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación, **disposición que importa no sólo un compromiso de los Estados Partes de respetar y garantizar tal derecho, sino conforme al citado artículo 5, inciso 2°, un deber de promoción, que se traduce en el imperativo de optar por aquella interpretación del artículo 19 N° 7 letra i), que mayor y más completa protección brinde al derecho tutelado**⁹¹.

- **Antecedentes para decretar la prisión preventiva**

La Corte Suprema destaca que -en el caso concreto- no existieron antecedentes suficientes para la declaración de la prisión preventiva. Indica que la jueza de garantía:

⁹⁰ Corte Suprema. Sentencia rol 1579-2015, considerando 4. El destacado es nuestro.

⁹¹ *Ídem*. El destacado es nuestro.

"[...] nada dice o precisa para justificar la concurrencia del elemento en comento -fuerza o intimidación-, ni siquiera enuncia qué antecedente en particular de los expuestos por el Fiscal es el que sustenta su convicción en ese punto, sino que simplemente expresa de manera vaga y genérica que se halla suficientemente acreditado el delito, silencio que precisamente se explica por la imposibilidad de construir tal determinación con los antecedentes que le fueron proporcionados y de ahí es que esa decisión resulta desprovista de elementos de convicción que habiliten su sustento racional, en definitiva, injustificadamente erróneo"⁹².

Pese a que la Corte Suprema realiza un análisis detallado de los antecedentes y, mediante este estudio concluye que aquellos fueron insuficientes para la determinación de la prisión preventiva en el caso en comento, llama la atención la argumentación en torno a la conducta de la víctima y que omite la incorporación de una perspectiva de género para analizar el asunto:

"Así planteado, el relato de la víctima que da cuenta de tres actos sexuales a los que se habría sometido, dada la fuerza e intimidación que ejerció en su contra el denunciado xxxxx, resulta claramente desprovisto de racionalidad y mínima sensatez y, por ende, inverosímil si no va acompañado de algún elemento que pueda respaldar un relato que contraría la razón. En efecto, la supuesta víctima no es una menor de edad, sino una persona de 30 años a la fecha del juicio (30 de agosto de 2014), sin anomalías ni perturbaciones psiquiátricas constatadas - nada al respecto se dijo en la audiencia en análisis-, con hijos, por tanto, con la experiencia y madurez suficiente para abordar de manera mínimamente razonable la situación en que se ve inmersa. Por otra parte, el supuesto agresor se encontraba transitoriamente en el domicilio de la ofendida, sólo con el objeto de realizar unos trabajos de construcción, por lo que no hay signo ni elemento alguno de sometimiento psicológico ya sea por un maltrato inveterado, dependencia económica, u otra situación análoga que permita comprender la falta de denuncia, o al menos de noticia a sus cercanos, de parte de la supuesta afectada. Además, el denunciado xxxxx a la sazón ya era una persona mayor (59 años a la fecha del juicio), a quien en la audiencia no se describe como alguien violento o agresivo, o que anterior y habitualmente se comportara de ese modo -considerando que se trata de una persona conocida para la víctima-, el que incluso gozaba de irreprochable conducta anterior, por lo que no se logra divisar circunstancia alguna que pusiera al imputado en condiciones o posición de generar un temor o miedo en xxxxx de tal intensidad que impidiera o inhibiera a ésta de develar ante la autoridad o cercanos, o al menos evitar la repetición de los ilícitos de que supuestamente era víctima, especialmente del último de ellos si se tiene en vista que el denunciado se encontraba de paso en el lugar y al día siguiente se retiraría, lo que era sabido por la víctima"⁹³.

⁹² *Ibidem*, considerando 9.

⁹³ *Ibidem*, considerando 8.