



Charla: Género y Constitución

Nora Picasso y Marie Fuchs

“Como sabemos Chile va a entrar a un proceso histórico, por eso es un agrado participar en este proceso con un tema tan trascendental como es este tema que hablamos el día de hoy: Proceso Constituyente en Chile con Perspectiva de Género. Después de una pequeña introducción en donde vamos a explicar por qué es necesario incluir la perspectiva de género en el texto constitucional, vamos en segundo punto a hablar sobre por qué hay diferentes tipos de constitución entre una constitución minimalista y maximalista. Desde ese punto, el punto más importante, en que hablamos sobre qué deberíamos incluir en la nueva Constitución chilena en materia de género, y luego unas breves conclusiones.” (01:34 min.)

“Vamos entonces, ¿por qué es necesario incluir la perspectiva de género en el debate constitucional en Chile? Ya sabemos que hay una muy larga lucha feminista que empezó hace varios siglos para la igualdad. En ese tiempo fue un mar de mujeres, no solamente a nivel constitucional, sino en toda la vida pública, que hoy se transfirió un poco más también en una lucha para una verdadera igualdad material, porque ha sido necesario corregir las omisiones de género en los debates constituyentes que ha habido durante mucho tiempo y de verdad se ha demostrado necesario descartar esta visión neutra que han dicho las feministas, esta vez aséptica, esta relación que de verdad tiene en cuenta esta desigualdad.” (02:30 min.)

“Género es un concepto muy complejo, aquí en esta presentación solo vamos a hablar sobre el desbalance del poder entre mujeres y hombres -es importante- justamente por razones de tiempo, obviamente, género es un concepto mucho más amplio. Sabemos que en ese proceso Constituyente en Chile no empezamos desde cero, no es como muchas

otras constituciones que son más viejas (...), una hoja en blanco. ¿Por qué?, porque hay muchas convenciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos que (...) bueno, muchos tratados que ha suscrito Chile y hay que hacer el llamado con toda la convencionalidad. Solo voy a mencionar este marco acá, porque nos pidieron concentrarnos más en el Derecho Constitucional comparado, pero es obvio que hay que tener en cuenta en este proceso la Convención Americana (CADH) que es la norma de Derechos Humanos más amplia en ese sentido, no todo fue centrado en el género, pero también la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación de la Mujer, la llamada CEDAW y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, la llamada Convención Belém Do Pará. Durante la presentación vamos a citar estas normas en las fichas, pero no les vamos a leer todo porque justamente no nos da el tiempo, pero con gusto podemos prever este material más tarde. Obviamente, hay una abundante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia, solo para citar dos como manera de introducción: 1) la sentencia Rosendo Cantú versus México, en donde la Corte dijo (...) ordenó al Estado de México de reformar la Constitución teniendo en cuenta unas normas en materia de género o, 2) la muy famosa sentencia Artavia Murillo versus Costa Rica, donde la Corte ha dicho que los estereotipos de género son incompatibles con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.” (04:42 min)

“Vamos al punto dos, constitución minimalista versus constitución maximalista. ¿Qué queremos decir con eso? Obviamente nos estamos moviendo entre un marco de constituciones muy diferentes, hay las constituciones minimalistas, como es la chilena actual, que tiene muy pocas normas, sobretodo en materia de Derechos Humanos, pero también la alemana -mi país- o la de Estados Unidos, que de verdad solo constitucionalizan/normativizan las reglas básicas y este común denominador que necesita cada sociedad para que funcione de verdad como un instrumento básico a dar una idea, y digamos los detalles son materias del legislador. Al otro lado, las constituciones en general más nuevas, sobretodo acá en Latinoamérica, Ecuador, Bolivia, que de verdad tienen reglas súper detalladas con numerosísimos artículos con estructuras y también políticas públicas muy amplias, pero que corren un poco el riesgo -de verdad- en ser cambiados todo el tiempo y además no dejan mucho margen de cierta interpretación al juez constitucional. Nuestra propuesta que les vamos a presentar refleja un poco la tendencia internacional y también constitucional comparado, refleja la idea que (...) son diferentes técnicas de reconocer de manera independiente unos derechos o

constitucionarlos todos que luego va a explicar Nora, con un poco más de detalle. De verdad aquí estamos defendiendo un poco una posición intermedia entre estas posiciones extremas, queremos dar la prueba abierta a la *concretación* a las políticas públicas, a las decisiones del legislador, pero también estamos de opinión que no solamente es suficiente decir que hombres y mujeres son iguales, sino que ir más allá en constitucionalizar, por ejemplo, los derechos reproductivos, porque si la normativización de estas posiciones también es una posición política importante en pro de la paridad de género.” (07:18 min.)

“Vamos al punto tres, ¿qué debería incluir la nueva Constitución chilena en materia de género? Lo que creo más obvio, necesario y mínimo que deba tener es esta igualdad (...) es el principio de igualdad y no discriminación, y esto no solamente en una forma de igualdad formal, porque como hemos visto en el pasado eso no ha sido suficiente para erradicar la discriminación también fáctica de la mujer en la sociedad, no ha garantizado la participación política, no ha garantizado una distribución de las tareas del cuidado, etc., sí que de verdad, primero, hay que diferenciar entre la no discriminación, donde normas que de verdad utilizar el criterio de género como el criterio de sanción y la igualdad material que necesitamos ahora, que también provee normar aunque no diferencian a partir del criterio de género tienen por consecuencia una discriminación fáctica de la mujer en la sociedad, y aquí es importante mencionar que no solamente hay que normativizar estos principios de manera pasiva, sino también obligar al estado de manera positiva a realizar esta igualdad material y, lo último que decía que la mega arbitrariedad, es decir, la voluntad de discriminar ya no es un criterio que de verdad, incluso, si una norma solo tiene por consecuencia fáctica una discriminación eso ya es suficiente para ser inconstitucional. Aquí también hay varios ejemplos en el Derecho Internacional en los Derechos Humanos que los voy a citar a todos acá, otra vez la Convención Americana, la CEDAW, la Convención Belém Do Pará, que todos, pero absolutamente todos, proveen esta igualdad material, esta igualdad real que también es repetitivo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Aquí, tal vez, solo mencionar porque estamos del contexto chileno, del caso de Nabila Rifo versus Chile, donde la Corte, aparte de muchos otros derechos que vamos a mencionar más tarde, ha dicho que la igualdad y no discriminación es una norma de *ius cogens* y, tal vez, en la sentencia Artavia Murillo versus Costa Rica, ha explicado otra vez este concepto de discriminación indirecta, explicando que cuando una norma es aparentemente neutra o tiene repercusiones negativas en un grupo o

persona con características determinadas, ya es suficiente para tener una norma discriminante, entonces no hay la necesidad o intención de discriminar.” (10:35 min.)

“Para ir rápidamente otra vez a la experiencia constitucional comparada, casi todos los textos constitucionales hoy en día tienen de alguna manera la igualdad constitucionalizado, la igualdad material o la igualdad (inaudible). Aquí hay un par de ejemplos en la ficha, por ejemplo, Colombia -Estado donde vivo en este momento-, habla de -literalmente- la igualdad tiene que ser real y efectiva, Ecuador también tiene una formulación muy amplia en la materia, incluso Alemania que bueno (...) originalmente al menos tiene una Constitución o una Ley fundamental minimalista cedió ante la necesidad de cambiar la Ley fundamental en el año 1994, antes (...) bueno la Ley fundamental de antes fue adoptada en el 1949, en el 49 solo dijo ‘el hombre y la mujer gozan de los mismos derechos’, y cuando los alemanes han visto que esta visión de la discriminación directa no es suficiente, han cambiado la constitución y han puesto la siguiente frase: ‘El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes’ (artículo 3). Aquí no solamente se ve la igualdad material, sino de verdad este deber propositivo del Estado de actuar para realizar esta igualdad material. Nuestra recomendación yo creo que es un poco obvia, de verdad, constitucionalizar la igualdad material y este deber propositivo del estado es el más mínimo que debería proveer la nueva Constitución en Chile. Con esto le doy la palabra a mi colega Nora.” (12:35 min.)

“Las siguientes tres fichas tienen que ver con derechos que pueden ser derivados de la igualdad sustancial, pero precisamente como dijo Marie, reconocerlos en el texto constitucional es una posición política importante, entonces se los vamos a plantear como en esta derivación de igualdad sustancial, pero digamos, igualmente la recomendación es que hay que poner la posición política en el texto. Entonces, el primero tiene que ver con salud y pensión. ¿Cuál es uno de los grandes problemas que tienen que ver con salud y pensión? Primero, que no hay, al menos, en la mayoría de los países un sistema de pensiones para mujeres que dedicaron la vida al trabajo de cuidado no remunerado y además en el acceso a salud, sobretodo, en términos de seguros, los costos, los pagos que tiene que hacer las mujeres de muchos países son más altos por estos costos asociados a ser mujer, el embarazo, la atención ginecobstetra, etc. Dicho eso, en el Derecho Internacional hay unos tintes, como unos esfuerzos para que los estados reconozcan y den cuenta del impacto diferenciado que tiene sobre las mujeres ciertos

sistemas, como los de salud y pensión. Entonces ahí tenemos la CEDAW, la Corte Interamericana en González Lluy, y aunque la mayoría de las constituciones no provee nada al respecto, con excepción tal vez de Ecuador que habla de la responsabilidad (...) sobre la retribución y compensación del trabajo de cuidado no remunerado, pero digamos, sería un tema que valdría la pena explorar o al menos plantear una serie de prohibiciones o abstenciones del estado y los privados como, por ejemplo, prohibir el pago más alto de mujeres en seguros médicos. Bien, nada más, como parte de la igualdad sustancial, el derecho al trabajo y el derecho social, en realidad como la parte importante del tema del derecho al trabajo es reconocer que la misma remuneración es un derecho que forma parte del derecho del trabajo y pareciera muy obvio, sin embargo, no hay tampoco una tendencia muy clara de las constituciones de escribir como las mujeres tienen derecho a una remuneración igual a la de los hombres. Esto se ha desarrollado muchísimo en la jurisprudencia constitucional de todos los países, no hay ningún país que diga lo contrario, y algo que si se ve muchísimo en las constituciones de la región es la protección a las mujeres embarazadas y las licencias de maternidad, no se ven casi las licencias de paternidad obligatorias pero siempre las licencias de maternidad y la protección a las mujeres embarazadas, y algo que también valdría la pena como explorar y garantizar sería que las mujeres tengan la oportunidad de trabajar de manera parcial para acomodarse al trabajo de cuidado que tienen que hacer muchas veces en el periodo previo y posterior al embarazo. Entonces la recomendación sería como parte de reconocer el derecho a la igualdad sustanciales, reconocer constitucionalmente el derecho a la igualdad salarial y a la protección reforzada a mujeres embarazadas (...) digamos es toda la protección reforzada es un lenguaje muy de la jurisprudencia colombiana porque así es como lo llaman, como las mujeres embarazadas tienen una protección reforzada y eso permitirá, eventualmente, darle parámetros a las cortes para decidir en casos concretos, sin que eso implique que no haya que revisar caso por caso.” (17:11 min.)

“Otra temática, otro derecho u otro reconocimiento que se deriva de la igualdad sustancial tiene que ver con la protección de mujeres en zona rurales y mujeres indígenas, esto también es un tema de interseccionalidad, es decir, es bastante claro que las mujeres en zonas rurales y las mujeres indígenas están en una situación de vulnerabilidad particular, porque hay muchos factores de discriminación que están jugando ahí un rol y, sin embargo, parece importante mencionar, reconocer, como estado, que es reconocer que hay unos grupos de mujeres que la tienen especialmente difícil y reconocer también como

estas situaciones de vulnerabilidad -especial de vulnerabilidad- y en el caso de mujeres indígenas la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria si la justicia tradicional no responde, que es un tema muy complejo y muy escabroso, pero la sentencia que le ponemos acá a la Corte Constitucional colombiana da muchas luces, tiene una discusión muy rica en términos de las tensiones entre la justicia, no la del Estado, la occidental y las comunitarias, y pueden ser como unos parámetros interesantes al momento de pensarse la reacción de los artículos sobre poblaciones indígenas o zonas rurales, y también el ejemplo de México y Ecuador que hacen mención especial sobre estos grupos.” (17:26 min.)

“Los derechos sexuales y reproductivos, acá también este es un derecho que se podría derivar del derecho a la salud, sin embargo, es un derecho que es importante de reconocer en el texto constitucional, ¿por qué? Porque hay vertientes o dos versiones, o dos tipos de obligaciones en los derechos sexuales y reproductivos que tienen que ver con el deber de abstención, es decir, el estado no puede intervenir, el estado tiene que respetar la autonomía reproductiva y familiar, pero (...) y tal vez que es el más complejo de cumplir, la garantía, la garantía de acceso a servicios gratuitos cuando sea necesario - porque no es que toda la gente pueda pagar- y la garantía de acceder a información, educación sexual, información sobre planificación familiar, etc. Sobre esto pueden revisar la CEDAW, Belém Do Pará, la Corte Interamericana hace un análisis muy bueno también en Artavia Murillo y en Guzmán Albarracín y en Xákmok Kásek también, pero en Artavia Murillo, sobretodo, hace un desarrollo muy interesante sobre que implica reconocer los derechos sexuales y reproductivos. La tendencia comparada es diferente, México, Ecuador, hablan sobre el derecho a decidir, el número de hijos, etc. En Colombia no lo hacen explícito, pero tienen una sentencia muy amplia donde analiza de dónde vienen los derechos sexuales y reproductivos y porque tienen reconocimiento constitucional. Alemania utiliza un tipo de lenguaje diferente, como ‘toda madre tiene derecho a protección y asistencia por parte de la comunidad’. Recomendación, hacerlo explícito, es decir, que no tenga que haber tampoco como un trabajo extra de tener que justificar por qué esto es un derecho constitucionalmente protegido. El derecho ahí está y es otra vez una posición política, ‘esto como estado nos importa’.” (20:53 min.)

“Lo mismo con el derecho a vivir libre de violencia. Ahí están (PowerPoint) otras de las referencias nacionales. No es algo que se mencione muchísimo en las constituciones, excepto, en Ecuador, que como vemos se menciona (...) tienen como mucha información

en la constitución. Alemania, por ejemplo, lo deriva del derecho de la integridad física y, otra vez, como recomendación, reconocerlo en el texto constitucional. Hacer *statement* político de ‘a nosotros constitucionalmente nos importa decir que el derecho de las mujeres de vivir una libre vida libre de violencia es muy importante, no es fundamental’.” (21:38 min.)

“Por último, paridad en la representación. Sobre esto, sobretodo, la CEDAW tiene muchísimo análisis sobretodo en las recomendaciones que hacen los estados particulares y una recomendación general a 23 donde analiza la obligación de los estados de adoptar medidas afirmativas, ya ni siquiera es como ‘bueno, tienes la opción’, no, los estados deben tomar medidas afirmativas para garantizar la paridad. El lenguaje es bien importante para efectos de aplicación y ejecución. Un gran ejemplo sobre los errores que probablemente no se quieren cometer en México, que inició con cuotas hace años y eso ha sido años, años, de litigadas que ha llegado al punto de ahora, que es el derecho a ser votada en condiciones de paridad para todos los cargos de elección popular. Otras, como Colombia, hablan de promover, tendrán como principio rector la equidad de género y, en Alemania, es una decisión interesante porque, aunque se deriva es algo (...) la paridad en la representación es algo que se deriva del deber del estado de garantizar la igualdad material. Hubo un litigio hace poco, ahora en diciembre del 2020, en donde se le pide al Tribunal Constitucional que se pronunciara respecto de la obligación del legislador, de hacer estas cuotas 50/50 y derivarlo del principio democrático del Estado. El Tribunal Constitucional no dijo que no necesariamente, no dijo como ‘esto no es algo que es un derecho constitucional’, pero dijo que es una tarea del legislador, como ‘yo no puedo tomar esa decisión, yo no puedo obligar al legislador hacer esto’. Por eso también es importante el lenguaje que se utiliza en una constitución. Recomendación, garantizar la paridad (...) utilizar la palabra ‘garantizar la paridad’ en órganos de elección popular y promover la paridad en otras ramas, el poder judicial, el poder ejecutivo que, de hecho, celebramos muchísimo ahora la nueva presidenta de la Corte en Chile, y algo interesante y novedoso, promover la paridad en las empresas privadas.” (24:06 min.)

“Entonces, como conclusiones brevemente. Lo mínimo, mínimo, mínimo que se debería incluir para cumplir con las obligaciones internacionales y también con la tendencia comparada es la igualdad material y consagrar el deber positivo del Estado de promover la igualdad material, es decir, como ‘ya existe un deber’, nada más es como ‘pongo las leyes iguales sino como tienes que ‘echarle’ ganas para que esto funcione’. Utilizar un

lenguaje no sexista, a veces es complejo, hay que pensar un poco más como que palabras utilizar que sean más neutras, pero es algo importante, sobretodo, en una constitución que se va a hacer hoy en día. Tender hacia la normatividad delgada, eso no quiere decir que no se hagan como posición políticas o *statement* políticos, pero tender hacia el minimalismo. Reconocer el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, los derechos sexuales y reproductivos en su versión de abstención y garantía, y la paridad de género, del deber de garantizar en unas partes y el deber de promover en otras partes, y dejarle el desarrollo a través de la legislación secundaria y políticas públicas de la administración pública. Algo que también para considerar es que, seguramente, habrá tensiones con otros movimientos sociales o incluso al interior del propio movimiento de mujeres, habrá cosas que tendrán que discutirse y decidirse en términos del lenguaje, porque no nada más las mujeres se embarazan, no nada más las mujeres tienen acceso (...), tienen que tener acceso a servicios ginecobstetros. Entonces, considerar también (...) como dijo Marie al principio, género es un concepto complicado y seguramente habrá tensiones que deberán resolverse en ese sentido.” (26:11 TERMINADO)