

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2000

DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2000

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 18
2000

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Valparaíso, Central de Chile, de Concepción, de Chile, de Los Andes, del Mar, Diego Portales, Finis Terrae, de la República y de Valparaíso.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a cabo la impresión de esta obra.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. - 0170 - 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2000

DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1999 - 2001)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés,
Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro
Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson
Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle
Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene
su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspon-
dencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

Este número del Anuario de *Filosofía Jurídica y Social* corres-
ponde a 2000 y aparece a inicios del segundo semestre de 2001, año este
último en que la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social cum-
ple 20 años de existencia.

En efecto, nuestra Sociedad fue fundada el año 1981, en
Valparaíso, y celebrará su vigésimo aniversario en el mes de diciembre
de 2001, ocasión en la que contaremos con la presencia de Eugenio
Bulygin, Presidente de la Asociación Internacional de Filosofía del
Derecho y Filosofía Social, de la cual nuestra corporación es una de sus
secciones nacionales a lo largo del mundo.

Por lo dicho previamente, el número próximo del *Anuario de Fi-
losofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2001, el cual esperamos en-
tregar en el primer semestre de 2002, será el número de aniversario de
la sociedad, esto es, aquel que dará cuenta de nuestros 20 años de exis-
tencia.

En cuanto al presente número del Anuario, en él, luego de la
habitual sección *Estudios*, se incluye una sección *Ponencias*. En esta sec-
ción se reproducen las ponencias que fueron presentadas en la IV Jor-
nada Chilena de Filosofía del Derecho, que fue organizada por nuestra
Sociedad y por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. La
mencionada jornada fue convocada con el título "*El derecho en la pers-
pectiva de los cambios culturales*".

ciones dirigidas al monarca, cuando se les abría la puerta que les estaba destinada, debían seguir un largo proceso de tipo burocrático que involucraba a varios secretarios y ayudantes.

Saramago nos quiere decir algo bien claro cuando sitúa al rey junto a la puerta de los obsequios y no al lado de la puerta de las peticiones.

Al situarse junto a la primera de esas puertas, el monarca ciertamente ganaba, puesto que así estaba en mejores condiciones de recibir, acariciar y guardar los obsequios que le eran traídos. Pero, a la vez, el rey perdía, y mucho, porque la tardanza en responder a las peticiones aumentaba el descontento y las protestas del pueblo, lo cual tenía efectos negativos en el flujo de los obsequios que eran llevados al monarca.

Utilizando esas imágenes de Saramago, al Estado y a los poderes públicos que lo conforman hay que sacarlos de la puerta de los obsequios —dejando posiblemente allí sólo al servicio encargado de recaudar los impuestos— y llevarlos a las puertas de las peticiones y las decisiones.

Es en la intersección que forman la puerta de las peticiones y la de las decisiones donde debe estar el Estado.

Por lo demás, cuando los pueblos consiguen ligar bien ambas puertas consiguen tener ese bien que se llama democracia.

Un bien, entre otras cosas, porque la democracia, con todas sus imperfecciones —que las tiene—, es lejos la forma de gobierno que mejor examen ha rendido históricamente en el reconocimiento, consagración y protección efectivas de los derechos humanos.

En consecuencia, quien dé valor a esos derechos continuará teniendo una muy buena razón para preferir la democracia como forma de gobierno de la sociedad.

P O N E N C I A S

nómeno prácticamente universal” (77) que es la legislación eclesiástica, es también un fenómeno chileno. Quedan, empero, muchas cosas por delante, la principal de las cuales quizá sea, a partir de esa legislación y a la luz de la experiencia comparada, el desarrollo en nuestra patria de esa novel rama jurídica que es el Derecho eclesiástico del Estado, derecho llamado a regular la libertad que todo hombre necesita para hacer vida aquellas palabras que hace ya muchos siglos escribiera Agustín de Hipona al comenzar sus Confesiones: “Nos has hecho para Ti, Señor, y nuestro corazón está inquieto hasta que no descanse en Ti”.

77. Lombardía, *El Derecho* (n° 65) 34.

INFLUENCIA DE LA CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER EN LA LEGISLACION CHILENA

MARIA SARA RODRIGUEZ PINTO *

I Introducción

El propósito de esta ponencia es presentar en este círculo algunos resultados de una investigación que he venido realizando sobre el impacto de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (conocida por sus siglas en inglés CEDAW) en el Derecho chileno. Me parece que la materia puede sugerir interesantes reflexiones relacionadas con el tema de convocatoria de estas jornadas “El Derecho en la perspectiva de los cambios culturales”. Con todo, debo prevenir a los presentes que mi perspectiva es la del Derecho positivo, escenario tal vez alejado del nivel de fundamentación de las instituciones en que se sitúa la Filosofía del Derecho. Por eso, al presentar entre Uds. los resultados de estos estudios, sólo pretendo ofrecer una plataforma de reflexión para los estudiosos de las tendencias que sustentan los cambios culturales y legales. En este sentido agradezco muy sinceramente a esta Casa de Estudios la audiencia que me ofrece.

* Profesora de Derecho Civil en la Universidad de los Andes.

Ya no hay varón ni mujer, no hay judío ni griego, no hay esclavo ni libre, anunciaba el Apóstol de las Gentes al comienzo de nuestra era (1). Se situaba con estas palabras por encima de las tradicionales dicotomías de la antigüedad y de las condiciones sociales o *status* en que se organizaba la sociedad de su tiempo. Todo hombre, varón o mujer, tiene una condición común a todos los hombres; hay un plano de igualdad determinado por ser persona humana. No necesito decir que el ideal paulino está lejos de ser una realidad en nuestro mundo contemporáneo, a pesar de los dos mil años transcurridos desde entonces. Pero no por eso puede decirse que sea un grito sin eco, pues todavía puede oírse el sonido de esta voz.

Traigo a colación la primera proclamación de la igualdad de que se tenga registro histórico como contrapunto —que no necesariamente lo es— de una nueva ruta de restauración de la igualdad que se inicia con la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948. Y menciono esta tendencia pues la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979) —de la que quiero darles noticia hoy— pertenece al conjunto de instrumentos internacionales sobre protección de los derechos humanos que ha venido intentando acelerar la comprensión y respeto de la dignidad de la persona humana a nivel legislativo y cultural. La cuestión que me he propuesto dilucidar es si ha influido esta Convención en el Derecho chileno y cómo ha influido, pues en la respuesta que podamos ofrecer a esta pregunta encontraremos muchas de las claves que han gobernado su interpretación y aplicación. Pero más allá de los asuntos de hermenéutica que plantea la Convención, examinando la influencia de esta convención internacional he querido medir la repercusión práctica del referente ideológico que se dice que la inspira.

Es el momento, entonces, de presentarles mi tesis y es esta: la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer *ha influido*, directa o indirectamente, en un número importante de modificaciones legislativas (más de doce), pero lo ha hecho de una forma armónica con la visión antropológica que inspira el proyecto global de derechos humanos, el cual —me tomo la libertad

1. Cf. Gal 3, 28.

de asegurar— coincide con nuestra propia tradición cultural y legal. Este fenómeno demuestra en muchos sentidos una cuestión de hermenéutica importante para los estudiosos de la fundamentación de las instituciones y es aquella que afirma que la interpretación es el momento que queda más allá de la norma y que no puede quedar capturado por proposiciones; es el momento en el que la norma hace su engarce con la realidad. Es en la realidad social donde la norma se encuentra —e incluso podríamos decir, se abraza— con una tradición histórica determinada de búsqueda, hallazgo y contemplación de lo justo, que es la que da sentido a su texto. Me atrevo a decir que es precisamente esto lo que ha sucedido con CEDAW: se ha encontrado, más allá de su texto, y más allá de las posibles influencias ideológicas que algunos pueden leer en ella, en el momento de su interpretación y aplicación, con una tradición histórica determinada de búsqueda de lo justo.

Veamos si consigo, siquiera moderadamente, convencerlos de estas ideas. Para hacerlo voy a partir hablándoles de los rasgos principales de la Convención que nos ocupa y de cuáles deberían ser los principios de interpretación por los que se debería gobernar. En seguida, voy a pasar rápida revista a los cambios legislativos que ha ocasionado la Convención en la legislación chilena. Terminaré mi intervención con algunas reflexiones acerca de los resultados del proceso de recepción interna de la convención, los cuales nos hablan de cómo ha sido su influencia en la legislación chilena.

II. *La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) y su pertenencia al sistema internacional de protección de los derechos humanos*

— *La Convención y su contexto*

La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) fue adoptada por las Naciones Unidas en 1979, en el contexto del Decenio de las Naciones Unidas para el Adelanto de la Mujer proclamado en 1975, el cual termina en 1985 con la Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer (Nairobi, 1985). Todas estas fechas y nombres les serán ya familiares

por la divulgación mundial que han tenido estos acontecimientos. El contenido de CEDAW se articula en un preámbulo y treinta artículos divididos en seis partes. Las cuatro primeras partes del articulado se refieren: al concepto de discriminación negativa que asume la Convención y a su moderación con medidas de discriminación positiva (arts. 1 a 6); a la igualdad en el ejercicio de derechos civiles y políticos (arts. 7 a 9); a la igualdad en el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales (arts. 10 a 14); y a la igualdad de los cónyuges en el Derecho matrimonial y de familia (arts. 15 y 16). La quinta parte de la Convención está destinada a regular la creación y funcionamiento del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (arts. 17 a 22). La sexta y última parte, a cláusulas finales comunes en los tratados internacionales sobre derechos humanos (firma y ratificación por los Estados, entrada en vigencia internacional, reservas, solución de controversias y textos oficiales) (arts. 23 a 30) (2). Tanto el formato como la nomenclatura de esta Convención nos hablan de su pertenencia al sistema internacional de protección de los derechos humanos, pues la gran mayoría de sus normas está tomada o se inspira en los instrumentos que la preceden.

CEDAW pertenece, pues, al conjunto de convenciones internacionales que conforman el sistema internacional de protección de los derechos humanos y es éste el marco de referencia obligado conforme al cual debe ser interpretado su texto. Si analizamos la Convención en relación a su pertenencia a ese sistema, podemos deducir una serie de principios que la inspiran; entre otros, los siguientes:

1º *El contexto de CEDAW es el de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, en una cadena no interrumpida que se remonta hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).*

La remisión al contexto se encuentra en el Preámbulo mismo de la Convención. Ese contexto nos ofrece un paradigma de persona humana, una visión antropológica universal que inspira todo el proyecto de derechos humanos. Y podemos afirmar desde luego que CEDAW

2. Nuestro país ratifica esta Convención en 1989. D.S. N° 789 de 27 de octubre de 1989; Diario Oficial de 9 de diciembre de 1989.

no se aparta de esta visión, de ese proyecto. CEDAW no contiene nuevos paradigmas: es tan sólo —y tan mucho— la traducción al ámbito de la mujer de los catálogos tradicionales de derechos humanos ya contenidos en otras convenciones.

2º *La discriminación que condena la convención es la que deriva de diferencias arbitrarias en el tratamiento que las leyes o las personas hacen de determinados derechos.*

CEDAW reproduce el juicio negativo que otras convenciones internacionales (Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial) ya han hecho del término discriminación. La discriminación en el plano de los derechos humanos esenciales no cabe pues no hay razón para distinguir (discriminar) entre unos seres humanos y otros. Hay una igualdad esencial que deriva de la común humanidad que todos poseemos. Este juicio negativo, al igual que hacen otros instrumentos internacionales, se ve moderado por la aceptación de diferencias justificadas en el tratamiento que las leyes dan a determinadas personas por razón de alguna circunstancia. Toda la sustancia del Derecho está en *distinguir*. En el caso de las mujeres, las diferencias muchas veces se producen *de facto* sin justificación suficiente y deben eliminarse en aras del justo trato debido (en tal sentido el art. 4.1 autoriza las llamadas medidas de discriminación "positiva"). Pero hay otras diferencias que tienen su fundamento en la naturaleza, como es el caso de la maternidad que incumbe a la mujer y debe ser protegida (por eso el art. 4.2 de la Convención permite disposiciones legales permanentes que protejan la maternidad). Sólo las circunstancias y no el sexo pueden ser fundamento legítimo de una distinción de derechos (3): este es el principio reiterado por CEDAW en esta parte. Pero también es cierto que en los derechos modalizados por el sexo es injusta la igualdad entre varón y mujer en el modo de esos derechos (4): varón y mujer son más que progenitores por igual de nuevos seres humanos; son padre y madre, con todo el contenido psicológico y moral (más que cultural) que

3. Cfr. Javier HERVADA, "Diez postulados sobre la igualdad jurídica entre el varón y la mujer" en *Persona y Derecho* XI (1984), pp. 345-59.

4. Cfr. *Ibid.*

tienen estos conceptos. Se comprende que el concepto de discriminación que rechaza la Convención es el de toda diferencia arbitraria y no justificada por circunstancias objetivas que pueden afectar tanto al varón como a la mujer.

3° *La convención tiene —entre otras— una explícita finalidad didáctica.*

Este principio se deduce de los arts. 5 y 10. La Convención es reflejo de la convicción alcanzada en torno a que la protección de los derechos humanos en el mundo moderno pasa más por la persuasión, que por la coacción. Por medios coactivos difícilmente se alcanzará la igualdad en todos aquellos derechos en los que la diferencia sexual es irrelevante (la gran mayoría).

4° *En esta línea, CEDAW promueve la eliminación progresiva de diferencias que tengan su origen en condicionamientos culturales.*

Es sabido que en muchos casos el llamado problema "femenino" obedece a prejuicios culturales, a pobreza, a falta de educación. El modo como pueda una norma legal conseguir el objetivo de eliminar condicionamientos culturales descansa, como se ha dicho, en su capacidad persuasiva.

5° *El concepto de planificación de la familia que auspicia la convención es el que se desprende del contexto general del sistema universal de protección de los derechos humanos.*

Se ha sostenido que CEDAW sería fuente de los por algunos llamados "derechos sexuales y reproductivos". Frente a esto cabe decir que la Convención nunca se refiere a estos derechos y que cuando trata el tema de planificación de la familia, lo hace de un modo homogéneo con el resto de las convenciones internacionales sobre derechos humanos.

6° *La idea de matrimonio y familia de la convención es la del sistema general de derechos humanos esenciales, que entronca con los instrumentos que la preceden y con la Declaración Universal de 1948.*

El matrimonio es un derecho esencial tanto de hombres como de mujeres (art. 16, 1. letras *a*), *b*) y *c*) de la Convención). También sabemos que la familia es el elemento esencial del tejido social (art. VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). Por esto es

posible sostener que la Convención no contiene un nuevo paradigma de Derecho de familia: simplemente traduce a dicho ámbito del Derecho el principio de igualdad entre el varón y la mujer, asunto que constituye su objetivo principal. La Convención no promueve un modelo de familia distinto al que se encuentra en la raíz de la cultura occidental, del cual son trasunto los demás documentos internacionales de protección de los derechos humanos y que es el mismo plasmado en el art. 1° de nuestra Constitución Política.

Con los rasgos recién destacados en mente, estamos pues en condiciones ya de observar el movimiento de reforma legislativa que ha ocasionado la Convención en el ámbito interno chileno.

III. Diez años de impacto de la Convención en la legislación chilena

— Las reformas

A la cabeza de todas las reformas debe situarse (1ª) la ley 19.023 de 1991, que crea el Servicio Nacional de la Mujer. La ley orgánica del SERNAM marca un primer e importantísimo hito en la influencia de CEDAW en el ordenamiento interno. Ocasiona esta ley un interesante debate en el Congreso donde numerosos parlamentarios expresan sus ideas sobre el rol de la mujer. El texto final de la ley refleja un enriquecedor consenso en torno a las funciones del Servicio y su relación con la mujer. Resulta paradigmático al efecto el art. 2 de la ley, donde se fija la finalidad de la institución, norma que me tomo el tiempo de leerles: "El Servicio Nacional de la Mujer es el organismo encargado de colaborar con el Ejecutivo en el estudio y proposición de planes generales y medidas conducentes a que la mujer goce de igualdad de derechos y oportunidades respecto del hombre, en el proceso de desarrollo político, social, económico y cultural del país, respetando la naturaleza y especificidad de la mujer que emana de la diversidad natural de los sexos, incluida su adecuada proyección a las relaciones de la familia" (5).

5. Art. 2, inc. 1°, ley 19.023. El artículo fue objeto de una indicación del senador señor Guzmán durante la tramitación del Proyecto en el Senado. La indicación se aprobó en el Senado por unanimidad, con la sola abstención del senador señor Núñez. Ver *Diario de Sesiones del Senado*, Sesión 21ª de 5 de diciembre de 1990, pp.

Dentro de las funciones específicas del Servicio destinadas al cumplimiento de este objetivo se encuentra la de evaluar el cumplimiento de políticas, planes y programas aprobados, a fin de garantizar el cumplimiento de CEDAW (art. 2, letra g). El SERNAM se constituye, pues, como el órgano gubernamental encargado de propender a la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Chile al ratificar la Convención. En su acción despliega una abundante actividad legislativa que es la que voy a reseñar a continuación.

Hay, en primer lugar, un grupo de reformas legislativas sobre protección de la maternidad e igualdad en materia laboral que reflejan un entendimiento acerca de quién es y cuál es el rol de la mujer en la familia y en la sociedad civil. La ley 19.250 de 1993 (2ª) sobre reformas al Código del Trabajo en materia de igualdad de acceso a todo tipo de trabajo e igual uso de permisos laborales por el padre o la madre trabajadores elimina normas del Código del Trabajo que prohibían el acceso de mujeres a determinadas labores consideradas superiores a sus fuerzas, y realiza reformas tendientes a facilitar el uso de permisos familiares (post-natal y permisos puerperales) por el padre, permitiendo así que las responsabilidades familiares sean compartidas por el hombre y la mujer trabajadores. La ley 19.299 de 1994 (3ª) sobre nueva base de cálculo del subsidio maternal tiene como objetivo la igualdad en las prestaciones de seguridad social para hombres y mujeres. Conforme a esta ley el subsidio de maternidad se calcula sobre las mismas bases con que se calculan otros subsidios por incapacidad laboral. La ley 19.505 de 1997 (4ª) sobre permisos laborales por enfermedad grave de un hijo es otro avance en torno al tema del uso igualitario de permisos familiares. Esta norma permite tanto al padre como a la madre ausentarse del

1554-1555. En el texto original del Ejecutivo, ya levemente modificado por la Comisión de Gobierno de la Cámara Alta, se leía: "El Servicio Nacional de la Mujer es el organismo encargado de colaborar con el Ejecutivo en el estudio y proposición de políticas, planes generales y medidas conducentes a obtener igualdad de derechos y oportunidades [para] la mujer en el proceso de desarrollo político, social, económico y cultural del país, respetando su naturaleza y especificidad". La modificación de la Comisión había consistido solamente en sustituir la frase "Presidente de la República" por la palabra "Ejecutivo".

trabajo por un período determinado de tiempo para atender a un hijo enfermo. Termina este elenco de reformas laborales con la ley 19.591 de 1998 (5ª), sobre prohibición del test de embarazo, que modifica el Código del Trabajo para establecer expresamente que no se podrá exigir exámenes de embarazo para la contratación de mujeres y su promoción en el empleo. La misma ley con un lacónico "Suprímese el inciso final del art. 201" restablece el fuero maternal para las trabajadoras de casa particular. En muchas o todas estas reformas el SERNAM tiene una activa participación en cumplimiento de su misión de asegurar la ejecución en Chile de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

En materia de Derecho de familia también ha habido importantes reformas sobre igualdad entre los cónyuges y entre los hijos. La ley 19.335 de 1994 (6ª) sobre bienes familiares y participación en los gananciales introduce en nuestro ordenamiento este último régimen matrimonial que se considera más adecuado a la igualdad entre los cónyuges que la sociedad conyugal. Para paliar sus inconvenientes, se adopta el régimen primario de bienes familiares que durante la tramitación legislativa de esta reforma se juzga necesario para todos los regímenes matrimoniales del Derecho chileno. La ley 19.585 de 1998 (7ª) sobre reformas al Código civil en materia de filiación, como es por todos sabido, es la más monumental reforma que ha sufrido nuestro Código Civil en toda su historia. Durante toda su tramitación el SERNAM juega un rol activísimo, nuevamente, en aras de la igualdad que promueve desde más arriba la Convención.

Las reformas legislativas sobre violencia doméstica han sido un interés vivo del Servicio Nacional de la Mujer que, además, ha desplegado abundantes recursos y campañas publicitarias en torno al tema del maltrato femenino y, en general, intrafamiliar. La ley 19.325 de 1994 sobre violencia intrafamiliar (7ª) es la norma fundamental en el tema. Ella establece un procedimiento contravencional para la sanción de estas acciones que no son delito penal, ni pueden esperar sanciones meramente civiles. El conocimiento de estas infracciones se entrega a los jueces de letras en lo civil, jurisdicción que se considera inapropiada para el tipo de medidas de protección que se utilizan en el marco de la ley. Chile también se adhiere a la Convención interamericana para

prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención do Belem do Pará) (1998) (8ª), en una acción que en el Congreso se considera más simbólica que de eficacia real.

También el ámbito penal ha recibido el impacto de CEDAW. Las reformas legislativas sobre igualdad frente al Derecho penal provienen de tres fuentes. En primer lugar, la ley 19.335 de 1994, junto con introducir la figura de los bienes familiares y el régimen matrimonial de participación en los gananciales, deroga los delitos de adulterio y amancebamiento, en una acción que sorprende al Ejecutivo que sólo proponía penalizar por igual el adulterio masculino que el femenino. Es obvio que, en este punto, el debate legislativo supera la intención original del SERNAM. En segundo lugar debe mencionarse la ley 19.409 de 1995 (9ª) sobre trata de blancas que no es iniciativa del Ejecutivo sino de un grupo de parlamentarios. Y, por último, la ley 19.617 de 1999 sobre delitos sexuales (10ª) que abre los tipos penales a ilícitos que bajo la antigua normativa no recibían adecuada sanción y procura la igualdad sexual de las víctimas de estos delitos que ya no son sólo mujeres. Debe mencionarse, por fin, la reforma a los arts. 1º y 19 N° 2 de la Constitución Política por la ley 19.611 de 16 de junio de 1999 (11ª): en palabras del SERNAM "uno de los hitos del siglo en el *status* de la mujer chilena" (6).

— *El mérito*

Llegados a este punto, es ineludible un breve juicio sobre el mérito de las reformas reseñadas y su eficacia en relación con los objetivos de la Convención. En materia laboral, las reformas destinadas a facilitar el cumplimiento de responsabilidades familiares, tanto por parte del hombre como por parte de la mujer, eran sin duda necesarias y respondían a necesidades reales derivadas del trabajo de la mujer fuera del hogar. Por otra parte, la derogación de normas que impedían el acceso de la mujer a determinadas categorías de trabajos parecía también necesaria, atendida la presencia real de mujeres en todos los ámbitos de la producción y de los servicios. El mérito de la ley que modifica las bases

6. Así califica el SERNAM esta reforma en su Informe al Comité. Ver documento A/54/38/Rev. 1 en el sitio del Comité en internet: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/21st.session.

de cálculo del subsidio maternal es difícil de evaluar sin observar su desempeño práctico. Por último, también merecen un juicio positivo global las reformas sobre prohibición del test de embarazo y restablecimiento del fuero maternal para las trabajadoras de casa particular. La prohibición del test de embarazo, si bien resulta ser más efectista que real, según la redacción definitiva que se da a la norma, resulta en beneficio de la mujer evitando una frecuente fuente de discriminación en la contratación de mano de obra femenina. El restablecimiento del fuero maternal para empleadas del hogar se inserta dentro de una tendencia que por lo visto comienza a recoger el Derecho laboral chileno de elevar la categoría de estos trabajos, asimilándolos en todo a los demás servicios que se prestan en la sociedad.

El mundo del trabajo fuera del hogar está todavía lejos, sin embargo, de acoger debidamente a la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre. Por esto se echan en falta otras reformas que son una sentida necesidad de las mujeres que trabajan: normas que permitan mayor flexibilidad en la jornada laboral; normas que regulen el trabajo a tiempo parcial (que no necesariamente es un trabajo marginal y de segunda categoría). Es curioso observar que la aprobación del Convenio 156 de la OIT no tenga mayor repercusión en la legislación laboral chilena incorporando disposiciones que hagan más compatibles las responsabilidades familiares (que pesan especialmente sobre la mujer) y las exigencias laborales. La utopía de una igualdad matemática en la repartición de responsabilidades familiares al interior del hogar difícilmente se alcanzará por ley, aún cuando continúe la tendencia positiva que actualmente se observa de una mayor participación del padre en la crianza y educación de los hijos. La legislación laboral debería proveer de mejor manera a las apremiantes circunstancias de las madres que trabajan fuera del hogar.

La evaluación en lo tocante al impacto del principio de igualdad en el Derecho de familia será, sin embargo, menos positiva que la que hemos hecho del Derecho laboral. En primer lugar, en lo que se refiere a regímenes matrimoniales reiteramos aquí la crítica a una tendencia que se advierte en los desarrollos observados: Estos no consideran suficientemente la dedicación de la mujer a la familia y al hogar. Un régimen matrimonial que sólo piensa en la igualdad es injusto para las di-

ferencias que existen en innumerables familias donde la madre, cada vez más por elección que por imposición, dedica sus esfuerzos y muchos años de su vida al hogar. Es esta la gran crítica al régimen de participación en los gananciales; y, posiblemente, será una de las causas de su escaso uso práctico.

En cuanto a las relaciones personales entre los cónyuges, la eliminación del delito de adulterio —en aras de una mal entendida igualdad— causa inevitablemente el debilitamiento de la protección legal del deber de fidelidad entre los cónyuges. No se comprende claramente por qué se terminó derogando la sanción penal de la infidelidad, cuando lo que se propuso fue someter al varón al mismo supuesto delictivo que antes existía para la mujer. Como se sabe, este paso que ha dado nuestra legislación está en la línea de la desprotección jurídica del matrimonio, fenómeno universal que ha demostrado consecuencias indeseables en el mundo desarrollado. También la igualdad para hijos legítimos e ilegítimos se coloca en la línea de estas reformas que pretenden equiparar, ya no al hombre con la mujer, sino al matrimonio con la unión descomprometida de los convivientes.

La igualdad entre los hijos no se relaciona con la igualdad entre los cónyuges frente al Derecho de familia. Menos aún con el compromiso legislativo de la ley 19.585 sobre filiación que, por favorecer al cónyuge sobreviviente, perjudica al conjunto de los hijos (matrimoniales y no matrimoniales). El activo rol cumplido por el SERNAM en la tramitación de esta ley no se comprende en la perspectiva de sus propósitos institucionales de procurar la igualdad de oportunidades entre el hombre y la mujer.

El exaltado tema de la violencia doméstica, que ha ocupado páginas de divulgación, campañas de sensibilización, y mucho dinero fiscal e internacional, es ciertamente, a nuestro juicio, la página más oscura del recorrido que hemos hecho. Aquí es donde más se advierte la influencia de un ideario que se introduce como por imposición y que despierta expectativas difíciles de satisfacer en determinados sectores. Parece cuestionable la intervención judicial en estos casos de maltrato que no alcanzan a delito: ¿no parece una judicialización excesiva de las relaciones familiares? Es de esperar que la mediación familiar pueda satisfacer al menos en parte las expectativas de esta ley.

En materia penal es especialmente notable el esfuerzo por no hacer distinciones en cuanto al sexo de la víctima, al tratarse de supuestos delictivos que afectan particularmente a la mujer. Ya comienza a advertirse la tendencia a sustituir las palabras hombre y mujer por “persona”; aún en aquellos casos de delitos que vulneran especialmente a la mujer (trata de blancas, violación, abusos deshonestos). Pero es en la reforma constitucional a los artículos 1º y 19 número 2º donde se despliegan con más fuerza todas las tendencias latentes en los desarrollos anteriores. Es aquí también donde se toca con mayor claridad el asunto de los fundamentos ideológicos y —claro está— filosóficos del esfuerzo por la igualdad. Hay palabras que suenan mal para el oído moderno. El lenguaje produciría los cambios culturales...

En estas dos últimas proposiciones hay un juicio de valor: ciertas palabras suenan mal; y una tesis: que el lenguaje produce cambios culturales. Ambas proposiciones se relacionan: hay que cambiar palabras (que suenan mal o perpetúan conceptos) para producir cambios culturales (esos mismos conceptos). El esfuerzo por la igualdad entre hombres y mujeres se apoya mucho en esta filosofía y está por hacerse la evaluación global y crítica de ella. Pues el cambio de vocabulario no es *de por sí* una transformación social; o, lo que viene a significar lo mismo, una transformación social no se alcanza *de por sí* por un cambio de palabras.

La evolución semántica y legal presentada en las páginas que anteceden podrá servir de punto de partida, entonces, para ulteriores reflexiones sobre su mérito y fundamento. Ella sí demuestra, desde luego, como adelantábamos al comienzo, la interpretación que nuestros legisladores han hecho del principio de igualdad entre hombres y mujeres, concepción que bien puede reflejar la recepción social general de las ideas latentes en CEDAW.

IV. Conclusiones

“No hay varón ni mujer, no hay judío ni griego, no hay esclavo ni libre”. Nos atreveríamos a decir que el fenómeno que hemos descrito en estas líneas es una reproducción de la proclama apostólica. Efectivamente para la dignidad humana y los derechos esenciales que de

ella emanan, no hay varón ni mujer, como no hay esclavo ni libre, como no hay blanco ni negro.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer representa un ejemplo elocuente de la influencia del sistema internacional de protección de los derechos humanos en las legislaciones internas, como lo es también nuestra Ley Fundamental en cuanto también guarda armonía con dichas normas. Las reformas legislativas ocasionadas por la Convención demuestran también una interpretación armónica con el sistema global de protección de los derechos humanos, y con la visión antropológica que lo sustenta. Independientemente del juicio de valor que separadamente ellas merezcan desde una perspectiva de políticas públicas internas, ellas obedecen al esfuerzo por eliminar fuentes de discriminación por razón del sexo que aún existían diseminadas en la legislación, cuando el sexo —según hemos llegado a comprender— no es determinante en la moralización de unos determinados derechos.

Pero todo este fenómeno sería letra muerta, sin ese momento más allá de la norma, cuando ésta se enfrenta con la realidad y se entrelaza con una tradición de búsqueda, hallazgo y contemplación de lo justo debido a la persona humana.

AYMARAS DE FRONTERA: RECLAMANDO LA DESIGUALDAD

RODRIGO MUÑOZ PONCE

El título de este trabajo puede parecer contradictorio, sin embargo es una manera de expresar el singular fenómeno que afecta a ciertas minorías étnicas de nuestro país, asimiladas y homogeneizadas bajo un ordenamiento jurídico especial (Ley Indígena), sobrepasándose la realidad plural y diversa de las culturas que la sustentan. Estas son parte de las conclusiones que derivan de la ejecución de un Proyecto promovido por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, cuyo objetivo específico se denominaba —algo ambiciosamente—: “*Caracterizar la realidad jurídica actual de las comunidades Aymaras, a través del análisis y sistematización de su derecho consuetudinario aplicable principalmente a las tierras y aguas, según los conceptos que manejan sus agrupaciones y/o los indígenas individualmente considerados*”. Las bases de este Proyecto tienen como antecedente el artículo 54 de la ley 19.253, ya mencionada, que, al referirse a la Costumbre Indígena y su aplicación en materia de justicia, señala:

Art. 54. La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República.

Cuando la Costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación (Conadi) a requerimiento del Tribunal.