



CAPÍTULO IV

Análisis jurisprudencial



Aplicación de los instrumentos de derechos humanos de las mujeres en las resoluciones judiciales

Hugo Valiente¹⁵¹

El carácter obligatorio de los tratados internacionales de derechos humanos es un hecho fuera de toda discusión en la actualidad. La fuerza vinculante de tales instrumentos lleva implícita su exigibilidad judicial directa. La mayor parte de los Estados democráticos ofrecen soluciones de normativa constitucional respecto de la validez y jerarquía de los tratados en el ámbito interno, que despejan cualquier posibilidad de duda. La doctrina pacífica y consensuada – al menos la del ámbito académico latinoamericano¹⁵² – abordó tempranamente esta cuestión, fortaleciendo una posición teórica consistente, que supera las polémicas entre dualistas y monistas, para encarar cuestiones más relevantes que guardan relación con los medios para garantizar la protección de estos derechos.

Parte de este debate, los derechos humanos de las mujeres tuvieron un importante desarrollo legislativo internacional en la fase de especificación de los derechos humanos, con la adopción de instrumentos específicos encaminados a enfrentar la discriminación por razón de sexo¹⁵³ o a dotar de un estatuto jurídico propio a la interdicción de la violencia de género¹⁵⁴. La no discriminación es una norma que hoy día alcanzó la autoridad de *ius cogens*, de norma imperativa de derecho internacional consuetudinario. Además, el sexo junto a la raza y la religión, son *categorías sospechosas* en el derecho antidiscriminatorio internacional. Es decir, cualquier diferencia de trato basada en el sexo es sospechosa de ser discriminatoria. Se presume respecto de ella que no es objetiva ni necesaria, y por lo tanto debe ser sometida a un escrutinio estricto, de mayor rigor, para controlar la legitimidad de la distinción¹⁵⁵.

Conviene, sin embargo repasar brevemente algunas cuestiones de la dogmática del derecho de los derechos humanos antes de entrar en la materia de este artículo. Se abordarán tres puntos que son relevantes para la cuestión:

1. Ubicación normativa y fuerza vinculante de los tratados. El Paraguay, al igual que la mayor parte de los Estados constitucionales de hoy día, reconoce que no existe una división tajante en materia de derechos humanos entre el orden jurídico internacional y el interno, sino más bien una relación de complementariedad. En materia de derechos humanos, se puede

151 Abogado de Derechos Humanos.

152 Véase, por ejemplo: CANÇADO TRINDADE, A., Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volumen I, Segunda Edición, Porto Alegre, 2003, P. 506 y siguientes. DULITZKY, A., La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado, en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Ira. reimpresión, Buenos Aires, 2004, P. 33 y siguientes. BIDART CAMPOS, G., El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. En: La aplicación..., P. 77 y siguientes. Pinto, M. (1997): Temas de derechos humanos, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2004, P. 63 y siguientes.

153 El instrumento más significativo de este proceso es la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, CEDAW (ratificado por el Paraguay por Ley N° 1.215/86).

154 Sin lugar a dudas, un hito en este proceso es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, Convención de Belém do Pará (ratificado por Ley N° 605/95).

155 BAYEFISKY, Anne: El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional, en 18 ensayos. Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia [CD], Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2005.



hablar de la existencia de un sistema único de protección de derechos humanos, de fuente indistinta constitucional e internacional. Es así que la Constitución Nacional (CN) de 1992 otorga una jerarquía cuasi constitucional a los tratados en materia de derechos humanos, los que están por encima de las leyes dictadas por el Legislativo y otras normas inferiores como las sentencias judiciales (Arts. 137 y 141 de la CN), las que deben en todo caso respetar y desarrollar los derechos reconocidos en los planos constitucional e internacional. Asimismo, los tratados internacionales de derechos humanos una vez ratificados gozan de la misma estabilidad jurídica de la Constitución, ya que para su denuncia se debe seguir el procedimiento de la enmienda constitucional (artículo 142 de la CN).

En el caso de la CEDAW, esta relación de jerarquía y obligatoriedad del tratado se refuerza por el hecho nada desdeñable que el propio Estado paraguayo creó por Ley N° 34/92 la Secretaría de la Mujer de la Presidencia de la República, con facultades materiales expresas que la instituyen como la autoridad nacional para aplicar la Convención en el ámbito interno (artículo 2).

2. *Jurisdicción concurrente.* La adhesión del Paraguay en igualdad con los otros Estados a un “orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos” (artículo 145 de la CN), supone la delegación de ciertas competencias tradicionalmente exclusivas de la soberanía estatal a la comunidad internacional, como en este caso la función de interpretación y vigilancia de los derechos humanos. Hoy día, este reconocimiento de la comunidad internacional como garante de los derechos humanos, ya no es visto como una amenaza a la soberanía estatal, sino como una poderosa fuente de legitimidad (y deslegitimidad) de los gobiernos. Invocar un principio legitimador diferente al democrático – opción de fuerza factible dentro del plano político - convertiría a un régimen en un *Estado forajido*.

No obstante, que la jurisdicción no sea *exclusiva* del Estado, no significa que sea *excluyente*. El *desideratum* de los derechos humanos es que su anclaje normativo en el derecho positivo se traduzca en la adopción de medidas legislativas y de otro carácter (como las administrativas y/o judiciales) que le den vigencia plena sin la necesidad de alguna otra mediación. La existencia de una jurisdicción subsidiaria en sede internacional debe ser vista como un reaseguro de la obligación primaria del Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos en su jurisdicción.

La posibilidad de que las personas víctimas de violaciones a los derechos humanos puedan denunciar individualmente a sus Estados ante estos organismos (como en el caso de la CEDAW a partir de la aprobación del Protocolo Facultativo respecto de los Estados que sí lo hayan ratificado, como el Paraguay), y que de resultas de esta denuncia pueda sobrevenir una sanción, incluso pecuniaria, contra el Estado, refuerza la tesis de la obligatoriedad de los tratados y de su exigibilidad judicial.

Como sostienen Abramovich y Curtis *resulta sumamente inconveniente que los tribunales locales, en oportunidad en la que el Estado puede remediar la alegada violación en sede interna, no tomen en consideración la opinión del órgano internacional que entenderá*

*eventualmente cuando se exija su responsabilidad en sede internacional por la imputación de los mismos hechos*¹⁵⁶.

3. Hermenéutica y solución de antinomias y vacíos. En el derecho de los derechos humanos, cuatro son los principios normativos relevantes que rigen la interpretación en la solución de contradicciones entre normas (ya sea que estén en el mismo o en distinto nivel de jerarquía), así como en la solución de vacíos legislativos.

El primero de ellos, es el principio *pro persona* o de la primacía de la norma más favorable, según la cual los derechos reconocidos en un tratado internacional no podrán ser esgrimidos para limitar o menoscabar otros derechos reconocidos con un mejor estándar en otros instrumentos internacionales o en la legislación interna. De acuerdo a esto, en caso de normas que establezcan diferentes niveles de protección, se adoptará aquella que prevea los mejores.

Este principio cuenta con un alto nivel de recepción en los instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁵⁷. De acuerdo con Cançado Trindade este principio *contribuye en primer lugar para reducir o minimizar considerablemente las supuestas posibilidades de ‘conflictos’ entre instrumentos legales en sus aspectos normativos. Contribuye, en segundo término, para obtener mayor coordinación entre tales instrumentos, en dimensión tanto vertical (tratados e instrumentos de derecho interno) como horizontal (dos o más tratados) (...) Contribuye, en tercer lugar, para demostrar que la tendencia y el propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos – garantizando los mismos derechos - son en el sentido de ampliar y fortalecer la protección. Lo que importa en el último análisis es el grado de eficacia de la protección, y por consiguiente ha de imponerse la norma que en el caso concreto mejor proteja, sea ella de derecho internacional o de derecho interno*¹⁵⁸.

El segundo principio, es el del *pacta sunt servanda*, o la obligación de cumplir de buena fe los tratados internacionales ratificados por el Estado. De acuerdo a este principio, recogido en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, *una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*. La finalidad de los tratados, es que éstos sean cumplidos y realicen su propósito y objeto en la jurisdicción de los Estados, modificando prácticas y legislación y no al revés.

Para la interpretación de los Tratados, la Convención de Viena dispone que *un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin* (artículo 31.1). Como medios de interpretación complementarios la Convención reconoce “a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración” (artículo 32).

156 ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, 2001, P. 75.

157 Véanse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 5.2); la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Art. 23); la Convención de Derechos del Niño (Art. 41); la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 29.b); el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 4).

158 CANÇADO TRINDADE, A., 1993, Ob. cit., pág. 266-267. Véase también en CANÇADO TRINDADE, A. : Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, 1999, P. 38 y ss.

Por último, está el principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico (esencial para la completitud de cualquier sistema de derechos). La Constitución señala en su artículo 45 que *la falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía*. La insuficiencia o inexistencia normativa no es excusa para que el Poder Judicial deba dejar de pronunciarse en los casos sometidos a su conocimiento. En ese sentido, existe la obligación de llenar judicialmente el vacío legislativo en los casos controversiales sometidos a conocimiento del órgano jurisdiccional (artículo 6 del CC).

Las normas supraordenadoras ofrecen el material jurídico necesario para colmar estos vacíos. Ahora bien, la doctrina¹⁵⁹ ha establecido que para que una norma de derecho internacional pueda ser autoejecutable, o sea directamente aplicable por una autoridad judicial sin necesidad de un acto jurídico complementario, se considera necesaria la concurrencia de dos condiciones:

Primero, que de la norma sea posible derivar un derecho definido y exigible ante una autoridad judicial, a favor de la persona que tenga un interés legítimo en su aplicación como regla en la pretensión que invoca;

Segundo, la norma debe ser lo suficientemente específica como para que la autoridad judicial aplique tal derecho al caso concreto, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o medida administrativa subsiguiente.

Aunque resulte una obviedad, un último repaso es necesario. Aplicar judicialmente un tratado de derechos humanos en el ámbito interno no significa citar de paso en los considerandos de la resolución el tratado en cuestión. Tampoco la aplicación se limita a transcribir algún artículo del tratado, si esa trascripción vuelve a limitarse a la cita acrítica y descontextualizada de la valoración jurídica de los hechos del caso. La aplicación judicial del tratado conlleva incorporar en el razonamiento judicial del caso un derecho reconocido en un tratado, dando al mismo un carácter prevalente por sobre la normativa de fuente interna, cuando ésta sea contradictoria. Supone, asimismo, subsumir el caso concreto a la norma del tratado y asignar una consecuencia jurídica en virtud de ese razonamiento, en la resolución de la sentencia.

Buenas prácticas de los tribunales paraguayos

Dentro de esta línea doctrinaria garantista, en Paraguay existen pocos y aún incipientes casos en los que tribunales locales aplican directamente el derecho internacional de los derechos humanos, *vis a vis* el derecho positivo de fuente interna, en la resolución de los casos sometidos a su conocimiento y jurisdicción. Menos son los casos relativos a violencia de género o discriminación contra las mujeres en los que el Poder Judicial local dictó una resolución aplicando directamente un tratado internacional en la materia.

Sin embargo, la jurisprudencia existente muestra de una manera creativa y novedosa varios de los presupuestos teóricos señalados precedentemente, ilustrando cómo la autoridad judicial puede ampliar sus mandatos de protección, resolver con mejor criterio los casos y

159 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 25, San José, 1988, CANÇADO TRINDADE, A, 1999, Ob. cit., P. 538.



encontrar un fundamento jurídico de mayor entidad en sus decisiones, aplicando el derecho internacional de los derechos humanos. Este análisis de buenas prácticas, que deberían ser replicadas en todos los fueros y circunscripciones del país, se centrará en el comentario de los fallos del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de la circunscripción de la capital, en decisiones que se fundamentaron tanto en la CEDAW como en la Convención Belém do Pará.

El primero de los fallos¹⁶⁰ hace referencia a una revisión en apelación de una sentencia de divorcio que en primera instancia había declarado la culpa de la mujer por malos tratos al marido. La cuestión sobre la que se pronunció el Tribunal se centró en la responsabilidad y culpabilidad de los cónyuges en cuanto a las causales de divorcio, no respecto a la disolución del vínculo, pretensión que no era controvertida ya que había sido formulada por ambas partes.

El Tribunal, aplicando la Convención Belém do Pará y la CEDAW, revisó la atribución de responsabilidad inscribiendo a los hechos probados en un análisis congruente con las obligaciones del Estado paraguayo derivadas de estos convenios. En primer término, observó que, aún a pesar de que el juzgador de primera instancia había dado por probados los malos tratos y agravios morales infligidos por el marido a su esposa, no había dado una valoración de estos hechos congruente con la obligación de no discriminar a las mujeres al momento de determinar la responsabilidad de la ruptura matrimonial.

En este marco de derecho internacional, el Tribunal sostuvo que:

(...) es sabido que en situaciones de maltrato físico o moral serio y continuado la persona afectada desarrolla una serie de características en su personalidad, a las cuales se ha dado en llamar 'ciclo de violencia'. La ruptura de tal ciclo, es una ardua tarea personal para la persona violentada y que muchas veces no llega a tener éxito. Es por ello que los agravios al otro cónyuge que pudieran haberse producido en tal proceso no pueden verse de modo unilateral, sino en el contexto general en el que se produjeron.

Aquí se ha demostrado de modo patente que la demandada se encontraba en esta situación de violencia continuada, las manifestaciones verbales, que el actor presenta como las bases del agravio e injuria a su persona, no escapan del contexto antes descrito y tomarlas en modo aislado vulneraría seriamente normas de rango preeminente, como son los diversos tratados suscritos por nuestro país en relación con dicha cuestión y ya referidos más arriba. En efecto, en tales instrumentos se establece claramente que la mujer tiene dentro de la familia iguales derechos que el varón, así como también que la violencia contra la mujer debe ser erradicada en todas sus formas. Entre estas formas de violencia, merece ser especialmente destacada la violencia que se da en el ámbito de relaciones familiares, las cuales obedecen a estructuras de poder dentro de la familia, desde los que ejercen ese poder hacia los que lo sufren.

¹⁶⁰ Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala. AyS N° 126 de 25 de agosto de 2005. Votos concurrentes de Buongermini (preopinante), Martínez Prieto y Villalba.

En este mismo orden de ideas, el Tribunal además se pronunció sobre la procedencia de la cuestión en apelación, ya que la mujer (quien había sido la demandada) no había promovido una demanda reconvenzional. El Tribunal sostuvo que la discusión sobre las causales estaba implícita en la pretensión de disolver el vínculo matrimonial (planteado tanto por el demandante como por la demandada al contestar la demanda), pero que además, en atención a los tratados internacionales de derechos humanos:

Impedir que una mujer pueda demostrar que la disolución del vínculo de su matrimonio se ha debido a la violencia física y/o moral a que pudiera haber sido sujeta, es también una forma de violencia, esta vez orgánica o institucional. Con tales consideraciones queda esclarecido que la cuestión de la imputabilidad de la culpa ha sido planteada y es parte del thema decidendum en esta causa.

El Tribunal revocó la decisión de primera instancia e hizo a lugar a la apelación, declarando la disolución del vínculo matrimonial por la culpa concurrente de ambos cónyuges. Este fallo muestra cómo, aplicando los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, el organismo jurisdiccional ejerce su deber de protección, reequilibrando mediante una sanción judicial una situación de hecho desigual en perjuicio de la mujer.

El segundo fallo a analizar¹⁶¹ hace relación al reconocimiento del aporte económico del trabajo no remunerado de la mujer en las relaciones de familia y con la protección de la igualdad entre los cónyuges. En este caso, el Tribunal se pronunció sobre la apelación promovida en una demanda de nulidad de transferencia de un inmueble por simulación. La actora era una mujer que había vivido en unión de hecho con su pareja, hasta que la relación – de larga data - se deterioró. Dos meses después del inicio del juicio de disolución y liquidación de la comunidad conyugal, el marido vendió a un pariente el inmueble con la casa que entre ambos habían construido. La propiedad, adquirida en 1983 luego del inicio de la convivencia, estaba a nombre de él.

El problema con que se enfrentó el Tribunal fue que las leyes civiles vigentes al momento del reconocimiento de la unión de hecho y de la adquisición del inmueble eran notoriamente discriminatorias contra la mujer y desfavorables para la igualdad entre los concubinos. La reforma del Código Civil que se realizó mediante la Ley N° 1/92 era inaplicable al caso, en virtud del principio de irretroactividad de las leyes.

Pero el Tribunal no obstante invoca la CEDAW, ratificada por el Paraguay con anterioridad a los actos jurídicos objetos del juicio. Al reconocer el carácter suprallegal de dicho instrumento, con un orden de prelación sobre la ley nacional se *permite una lectura un tanto diferente de las relaciones familiares extraconyugales con carácter de permanencia o estabilidad y su repercusión patrimonial entre las partes*. El Tribunal invocó expresamente el artículo 1 de la CEDAW (definición de discriminación de la mujer) en concordancia con el artículo 16 inciso h) que garantiza expresamente la necesidad de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos a cada uno de ellos en materia de propiedad,

¹⁶¹ Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala. AyS N° 84 de 27 de julio de 2006. Votos concurrentes de Martínez Prieto (preopinante), Villalba y Buongermini.

compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso, extendiendo la protección contra la discriminación a *todos los asuntos relacionados con las relaciones familiares*.

A la luz de estas disposiciones, el Tribunal sostuvo que:

Desconocer el aporte que el trabajo de la mujer en el hogar, independientemente de su estado o situación de casada o soltera, significa para la formación de la masa de gananciales constituye sin duda una expropiación del trabajo de la mujer en beneficio del varón y un enriquecimiento indebido a favor de éste. Normalmente no se desconoce el aporte que se hace al patrimonio de otro. Hacerlo así porque se trata de la mujer y de relaciones privadas, esto es, familiares, es desigualitario en términos de equidad de género. Tampoco se desconoce en la ley formal el aporte que hace la mujer casada al patrimonio familiar, por ello la ley presume ese aporte y crea la comunidad de gananciales entre esposos. Desconocerlo sólo porque se trata de mujer soltera también es desigualitario en términos de equidad de género. Ambas cosas resultarían en una evidente discriminación y una violación del artículo precitado [artículo 1 de la CEDAW], máxime, considerando que la mentada norma exige en todo caso no distinguir a la mujer ni privarle de sus derechos sólo por la situación o estado civil en que se encuentre, en este caso, de soltera para la ley civil (...)

Se entiende, pues, que la interpretación de la normativa civil, a la luz de dicha norma internacional, permite construir un sistema de participación de la mujer en los beneficios económicos derivados de la vida en común, sobre la base del aporte del trabajo doméstico y de crianza del hijo habidos en común durante la convivencia que es atribuido a la mujer y que en este caso, había aportado desde la fecha de la convivencia.

El Tribunal consideró que la convivencia estaba probada desde antes de la adquisición del inmueble, y que a la luz de la CEDAW, el aporte económico del trabajo doméstico de la mujer y la crianza de los hijos no podrían ser desconocidos, por lo que concluyó que *el bien, como fue adquirido luego del inicio de la vida en común, pertenecía o pudo pertenecer a la comunidad, y que la mujer tiene o tendría un derecho a la cosa y, por ende, un interés legítimo y propio en la acción de simulación.*

El Tribunal, luego de demostrar el interés legítimo de la demandante, pasó a considerar los demás extremos de la simulación. Finalmente, hizo lugar al recurso de apelación. En esta sentencia, se constata cómo la autoridad judicial pudo resolver un obstáculo jurídico real – la irretroactividad de la ley - invalidando normas positivas discriminatorias pero vigentes al momento del hecho, en virtud de la preeminencia normativa del derecho internacional.

El tercer fallo¹⁶² a ser citado recayó en un caso en donde nuevamente fue objeto de valoración jurídica – a la luz de la CEDAW - el trabajo doméstico no remunerado de la mujer. Pero en este caso, la decisión del Tribunal versó sobre la evaluación judicial de la indemnización por lucro

162 Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala. AyS N° 95 de 5 de septiembre de 2006. Votos concurrentes de Buongermini (preopinante), Martínez Prieto y Villalba.

cesante derivada de la responsabilidad objetiva originada en un ilícito civil extracontractual. La demanda - promovida por el cónyuge de la mujer - iba dirigida contra una empresa de transporte público propietaria de una unidad que había provocado un accidente de tránsito en el cual falleció la esposa.

El Tribunal, al momento de realizar la justipreciación de la indemnización por lucro cesante, en virtud del principio *iura novit curia*, sostuvo que tiene la facultad de *recalificar la pretensión del actor de ser resarcido por la pérdida de las futuras aportaciones que a lo largo de su vida eventualmente hubiera podido hacer la occisa a la comunidad de gananciales que el actor tenía con ella*. A la luz de los Arts. 2 inc. c), 3, 13 y 16 de la CEDAW, el Tribunal incorpora a los ingresos reconocidos y probados en juicio, los aportes derivados del trabajo no remunerado en el hogar de la mujer. Así el Tribunal sostuvo que a los ingresos reconocidos, se debían sumar los originados por:

(...) la doble jornada laboral a que están sujetas las mujeres por su sexo, que implica el aporte no remunerado a los trabajos del hogar y que sin duda el actor deberá recomponer y prever su provisión después del fallecimiento de quien los realizaba hasta ese entonces, es decir, su esposa. Este trabajo, existente pero no remunerado, es reconocido expresamente en la normativa positiva nacional que ha sido consagrada en tratados internacionales, en especial el de la Convención para la Erradicación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW - por sus siglas en inglés.

En el último fallo¹⁶³ que se analizará, el Tribunal se pronunció sobre el reconocimiento de una unión de hecho demandada por la mujer con posterioridad al fallecimiento de quien fuera su conviviente. En el caso quedó acreditado que la pareja - por motivos laborales, familiares y quizás por opción personal - había llevado una prolongada relación en la que él mantenía dos domicilios: uno, el de su familia donde residía además su madre, y otro, que era el domicilio de ella, quien había planteado la demanda. El Tribunal, luego de constatar que hoy día es una realidad del mercado laboral que en muchos casos las personas deban tener dos residencias, a pesar de sus afectos y de su ánimo de convivir, consideró que a la luz de la CEDAW:

(...) impedir que una mujer pueda demostrar la convivencia requerida para acreditar una unión de hecho por la sola situación de que uno de los concubinos cuente con dos domicilios habituales, es ciertamente una forma de discriminación que no puede ni debe darse en el marco orgánico o institucional.

En este caso, además de haber encontrado una creativa y novedosa forma de aplicación de la CEDAW, congruente con el propósito del tratado de eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer, se observa que el Tribunal realizó una muy interesante aplicación de la doctrina de la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. De acuerdo a esta doctrina, de gran repercusión en sentencias de la Corte Interamericana y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los tratados deben interpretarse tomando en consideración la evolución del derecho posterior a su entrada en vigor, teniendo presente el

163 Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala. AyS N° 103 de 17 de octubre de 2007. Votos concurrentes de Buongermini (preopinante), Martínez Prieto y Villalba.



marco integral del sistema jurídico vigente al momento de realizarse su aplicación. Asimismo, es menester que los tribunales tomen en cuenta que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

Los tratados de derechos humanos de las mujeres en los procedimientos de la Ley 1600/00

La sanción y promulgación de la Ley 1600/00 “Contra la Violencia Doméstica” que regula un remedio urgente judicial para intervenir en casos de violencia al interior de las unidades domésticas o familiares, significó un importantísimo salto cualitativo en la provisión de medidas efectivas de protección judicial a las mujeres víctimas de violencia. La progresiva interdicción de la violencia de género por el derecho es un reflejo, además, de un poderoso y vivificante cambio de valores en las sociedades actuales.

La ausencia de una norma que regulara un procedimiento contencioso urgente y que asignara competencias a determinadas entidades de la administración y de la judicatura (una laguna secundaria, en términos de Ferrajoli) era una grave falta de garantías que, aunque no invalidaba el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, era el óbice para una injustificable omisión de actuar en el deber de proteger adecuadamente a las víctimas.

A casi ocho años de su vigencia, muchas evaluaciones realizadas sobre su implementación señalan con acierto las deficiencias en su aplicación. No menos cierto es que muchos de estos aspectos se originan en la falta de un compromiso igual de todas las entidades estatales con mandatos para intervenir en las denuncias y no en el mal diseño legal del mecanismo.

Por el contrario, como punto a favor de la Ley 1600/00, tanto en su diseño como en sus potencialidades, se debe apuntar su congruencia con el derecho internacional de los derechos humanos y su espíritu garantista que permite la aplicación de los tratados en la resolución de los casos en el ámbito interno. Los Juzgados de Paz y, en grado de apelación, los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil, deben imitar las buenas prácticas señaladas dando vigencia efectiva y directa a los tratados de derechos humanos, disponiendo la mejor protección para las víctimas de violencia de género cuando las medidas habituales de exclusión sean insuficientes o poco idóneas para las situaciones atípicas.

Descontando el principio de prelación jerárquica de los tratados de derechos humanos como normas supralegales, la propia Ley 1600/00 ofrece una cláusula abierta de aplicación de los tratados. En efecto, el artículo 2 de la citada ley prescribe las medidas que pueden ser adoptadas por la autoridad judicial en casos de violencia doméstica. Además de las ya expresas medidas de restricción domiciliaria como la **exclusión/prohibición** de acceso del denunciado y/o **reintegro** de la víctima al domicilio (artículo 2 inc. a, b y d), la entrega de **efectos personales e hijos/as** de la víctima que hubiera abandonado el domicilio (artículo 2 inc. c) y/o la prohibición de **ingreso** de armas y/o sustancias psicotrópicas (artículo 2 inc. e), se dispone que el juzgado puede dictar cualquier otra medida que a su criterio sea pertinente para la protección de la víctima (artículo 2 inc. f).

Esta cláusula de protección abierta es un sello que distingue el enfoque garantista de esta legislación. En dicho marco, las otras medidas que puede el juzgado ordenar deben ser aquellas que sean pertinentes para el objeto y fin de la Ley 1600/00 (la protección de las víctimas de la violencia doméstica) atendiendo a una correcta aplicación e interpretación de las normas supraordenadoras: aquellas que están por encima de las leyes. La Ley 1600/00, como norma procesal que es, debe ser aplicada de manera que pueda desarrollar las normas de superior jerarquía en las que se encuentra consagrado el contenido esencial del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

Este derecho es de fuente prioritariamente internacional. En el caso de Paraguay, son de relevancia la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, Convención Belém do Pará (Ley N° 605/95) y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer CEDAW (Ley N° 1215/86), esta última, leída e interpretada a través de la Recomendación general N° 19 del Comité de la CEDAW¹⁶⁴. En estos tratados los juzgados encuentran el material jurídico suficiente para fundar sus decisiones judiciales cuando deban adoptar *cualquier otra medida que a su criterio sea pertinente para la protección de las mujeres víctimas*¹⁶⁵. Sin agotar las posibilidades ni alternativas que se derivan de dichos instrumentos, los juzgados pueden resolver en casos de violencia doméstica que afecten a mujeres estas medidas, de forma conjunta o alternativa de la siguiente manera:

1. Ampliar el ámbito de aplicación de la Ley 1600/00. Las definiciones sobre violencia contra las mujeres contenidas en los Artículos. 1 y 2 de la Convención Belém do Pará y en la RG N° 19 (párrs. 6 al 23) son notablemente más inclusivas que el ámbito material definido por la Ley 1600/00. Las definiciones de los tratados internacionales, por ejemplo, no limitan su efecto a las relaciones de parentesco. A tenor de estas definiciones, se puede ampliar la protección a mujeres que comparten el ámbito doméstico con el victimario por razones laborales. El carácter prevalente de los tratados debería ser invocado por el Juzgado cuando el hecho se encuadre dentro de una relación atípica.

2. Ordenar el ingreso de la víctima a un albergue temporal: La CEDAW y la RG N° 19 (párr. 24, inc. r iii), establecen que es un derecho de las mujeres víctimas de violencia contar con determinados servicios de protección inmediata, entre ellos, los refugios, asesoramiento y programas de rehabilitación, para garantizar que las víctimas de violencia en la familia estén sanas y salvas. En sus Observaciones Finales al Paraguay, formuladas en el 2005, el Comité de la CEDAW señaló al Estado que debía establecer albergues y otros servicios para las víctimas de violencia (CEDAW/C/PAR/CC/3-5, 16 de febrero de 2005, párr. 25). El Comité de la CEDAW, en el caso *A.T. vs. Hungría* (comunicación N° 2/2003) condenó

¹⁶⁴ Como todos los tratados internacionales de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas, la CEDAW cuenta con un Comité de vigilancia internacional que, entre otras funciones, tiene la de emitir jurisprudencia consultiva (Recomendaciones generales), referida al sentido de las obligaciones del instrumento, interpretando y definiendo el contenido mínimo esencial de los derechos. Hasta el momento se han producido 25 Recomendaciones generales (RG). La RG N° 19 es la relativa a la violencia contra la mujer. Las RG han contribuido a definir la índole y el alcance de las obligaciones de la CEDAW. Son la opinión autorizada del organismo de interpretación y vigilancia de dicho instrumento, por lo que su orientación debe ser seguida por las autoridades administrativas, legislativas y judiciales del Estado al momento de aplicar las disposiciones del tratado.

¹⁶⁵ La aplicación directa de estos dos tratados en modo alguno excluye, por el contrario refuerza, la aplicación directa y concurrente de otros tratados internacionales de derechos humanos, cuando estos sean relevantes para la solución del caso en cuestión. Es de particular importancia la aplicación de la Convención de Derechos del Niño cuando existan niños y niñas como víctimas de la violencia doméstica.



a dicho Estado, entre otros aspectos, porque no había proveído a la víctima del caso de un centro de acogida porque en el Estado no había ninguno equipado para aceptarla junto con sus hijos.

Por un lado, es cierto que la obligación de proveer un albergue a las víctimas de violencia doméstica es privativa de la administración y no es una competencia del Poder Judicial. Pero, no es menos razonable que la judicatura, en el marco de sus potestades de control de legalidad de los actos y omisiones de la administración, tenga facultades para conminar a la administración a que cumpla sin dilación con sus obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos.

Los Juzgados de Paz deben ordenar, fundándose en estas disposiciones de la CEDAW, a la Secretaría de la Mujer de la Presidencia de la República (autoridad nacional encargada de la aplicación de dicho instrumento por su propia ley orgánica) que se provea a la víctima de un albergue de refugio o, en defecto de una institución pública existente, que facilite el acceso a un albergue alternativo, con cargo a la administración de la Secretaría. Estas medidas son las más idóneas cuando se sospecha - a partir de los elementos de juicio disponibles - que una medida de exclusión será insuficiente para la protección de la víctima.

3. Ordenar la aprehensión del victimario. Dar intervención a la Fiscalía de turno. La Convención Belém do Para establece que es obligación de los Estados actuar con la debida diligencia para investigar y sancionar la violencia contra la mujer (artículo 7.b). La CEDAW y la RG N° 19 (párr. 24, inc. t i), dispone que los Estados deben aplicar medidas jurídicas eficaces, incluidas las sanciones penales, para proteger a las mujeres contra todo tipo de violencia. El Comité de la CEDAW, en los casos *Şahide Goekce vs. Austria* (comunicación N° 5/2005) y *Fatma Yildirim vs. Austria* (comunicación N° 6/2005) condenó a dicho Estado por hechos que guardan relación con esta obligación accesoria derivada del derecho a las mujeres a una vida libre de violencia. En ambos casos, el Comité encontró al Estado culpable de haber violado su obligación de proceder con la debida diligencia para proteger a la víctima, ordenando la detención del marido agresor. En ambos casos, las autoridades austriacas “tenían conocimiento o deberían haberlo tenido” respecto de la situación extremadamente peligrosa en la que se encontraban las víctimas. El Comité desechó el argumento sostenido por Austria que señalaba que una orden de arresto era una medida “desproporcionadamente invasiva”. El Comité sostuvo con respecto a este punto que *los derechos del autor del delito no pueden dejar sin efecto los derechos humanos a la vida y a la integridad física y mental de la mujer*, y que una solución respetuosa del debido proceso legal no debería ser incongruente con la obligación de proteger a las mujeres víctimas. El Comité señaló en ambos casos que era obligación del Estado:

Procesar con vigilancia y rapidez a los autores de delitos de violencia doméstica para hacer saber a los delincuentes y al público que la sociedad condena la violencia doméstica, así como para velar por que los recursos penales y civiles se utilicen en los casos en que el autor de un delito de violencia doméstica represente una peligrosa amenaza para la víctima; y velar también por que, en cualquier acción

emprendida para proteger a las mujeres contra la violencia, se tenga debidamente en cuenta su seguridad, recalcando que los derechos del agresor no pueden dejar sin efecto los derechos humanos de la mujer a la vida y a la integridad física y mental (comunicación N° 6/2005, párr. 12.3 inc. b).

En el caso del Paraguay, a partir de la reforma del Código Penal sancionada en el 2007, el delito de violencia intrafamiliar es penalizado con hasta dos años de privación de libertad. De un modo concurrente, es posible advertir *prima facie* que en muchos casos de violencia contra la mujer denunciados bajo la Ley 1600/00 se configuran otros delitos con mayor penalización, como la lesión grave o el homicidio en grado de tentativa. En cualquiera de estos supuestos, no existe ningún obstáculo jurídico que impida que los Juzgados de Paz deban ordenar la aprehensión del victimario (fundándose en las disposiciones citadas del derecho internacional, y en el artículo 239 del Código Procesal Penal), pero al sólo efecto de ponerlo dentro del plazo de seis horas a disposición del Ministerio Público, quien resolverá sobre la detención, la imputación y la prosecución de la acción penal.

4. Ampliar las medidas de exclusión. La Convención Belém do Pará obliga a los Estados a adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad (artículo 7.d). En atención a estas obligaciones, los Juzgados pueden ampliar las medidas de exclusión no limitándolas estrictamente al domicilio, cuando se desprenda que el agresor puede actuar en otros ámbitos en los que se desenvuelve la víctima. En tal sentido, los Juzgados encuentran en esta disposición, base jurídica suficiente para dictar mandatos de exclusión que ordenen al victimario abstenerse de acercarse a la víctima o de acercarse a su lugar de trabajo, de estudios, o al domicilio de familiares y/o amigos.

5. Ordenar la reparación del daño. Ordenar la fijación provisoria de alimentos. La Convención Belem do Pará establece que los Estados deben establecer los mecanismos judiciales y administrativos para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces (artículo. 7.g). Similar obligación se encuentra enunciada en la CEDAW y la RG N° 19 (párr. 24, inc. t i). En atención a estas disposiciones, los Juzgados pueden disponer, cuando corresponda, la obligación de reparar el daño emergente del hecho de violencia (destrucción de objetos de propiedad de la víctima o gastos médicos necesarios para su rehabilitación). Asimismo, cuando resulte pertinente y la víctima y sus hijos se encuentren en situación de dependencia económica del victimario, estas disposiciones facultan a la autoridad judicial para que ordene la fijación provisoria de alimentos, sin perjuicio que los autos sean remitidos posteriormente al juzgado natural para la una resolución definitiva.

Una decisión judicial fijando provisoriamente alimentos, entre otras medidas urgentes de protección, resulta recomendable y pertinente en casos en los que la víctima, debido a su dependencia económica del victimario, es más vulnerable a reincidir en el ciclo de violencia.

6. Adoptar medidas de atención médica y psicológica. De acuerdo a la CEDAW y RG N° 19 (párr 24), los Estados deben facilitar servicios destinados a las víctimas de violencia en el hogar, violaciones, violencia sexual y otras formas de violencia contra la mujer, entre ellos refugios, el empleo de trabajadores sanitarios especialmente capacitados, rehabilitación y asesoramiento (inc. k), servicios de apoyo para las familias en las que haya habido un caso de incesto o de abuso deshonesto (inc. r) e implementar programas de rehabilitación para los culpables de violencia en el hogar (inc. r). Estas disposiciones legales fundamentan mandatos judiciales que ordenen brindar asistencia médica y psicológica adecuada a víctimas de violencia doméstica, a cargo de las instituciones encargadas del sector público, cuando dicha asistencia sea pertinente a los fines de protección y rehabilitación de las mujeres víctimas de violencia.

7. Dar intervención a la Dirección General del Trabajo. Existen casos en los que el cuadro de violencia doméstica afecta además a personas que no se encuentran comprendidas dentro del vínculo de parentesco. Tal es el caso de las trabajadoras domésticas asalariadas, o de otras personas que se encuentren en situación de dependencia laboral dentro del domicilio, independientemente del grado de parentesco y del tipo de remuneración que reciban por el servicio empleado (por ejemplo, las niñas, niños o adolescentes, que están en situación de criadazgo). Generalmente, de manera concomitante a la violencia física o psicológica, es muy probable que además se esté incumpliendo con las normas laborales y de la seguridad social que garantizan derechos a las trabajadoras del hogar.

La CEDAW y la RG N° 19 establece que entre las medidas que se deben adoptar para encarar de un modo integral el fenómeno de la violencia contra la mujer se incluya a las oportunidades de capacitación y empleo y la supervisión de las condiciones de trabajo de empleadas domésticas (párr 24, inc. p). En atención a estas normas de derecho internacional, los Juzgados deben solicitar de oficio la intervención de la Autoridad Administrativa del Trabajo cuando se constate que el victimario de la violencia doméstica, además se encuentran incumpliendo la normativa laboral vigente, en sus relaciones con las trabajadoras del hogar dependientes de ellos.

8. Derivar a la víctima al Programa de Salud Reproductiva del Ministerio de Salud Pública. En otros casos, la situación de violencia doméstica o intrafamiliar que se denuncie puede verse agravada porque se trate de una familia con prole numerosa. La violencia contra la mujer es un fenómeno multicausal. Tener o no muchos hijos no es una causa necesaria para explicarla. Pero indudablemente, que la mujer víctima de violencia de género en su hogar no tenga el control de su libertad genésica y la autonomía garantizada para decidir el número y la frecuencia de sus hijos es un factor que contribuye a agravar la violencia y a restar sus posibilidades de independencia económica.

La CEDAW y la RG N° 19 establecen que - como parte integrante de las medidas para enfrentar la violencia de género - los Estados deben tomar medidas para impedir la **coacción con respecto a la fecundidad y la reproducción**, para que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad (párr. 24.m). En virtud de esta disposición, los Juzgados podrán derivar a la víctima de violencia doméstica al servicio de salud reproductiva

del hospital público de su jurisdicción. De ese modo, atendiendo a su voluntad y creencias, podrá obtener información y servicios para garantizar su derecho a decidir el número y frecuencia de hijos que desea tener.

Además de otras medidas que se desprenden de las demás cláusulas de la Convención Belém do Pará y de la CEDAW, las autoridades judiciales que conozcan en casos de violencia doméstica en virtud de la Ley 1600/00 podrán ordenar otras medidas que no estén expresamente previstas en el texto de los tratados cuando: a) la medida sea pertinente para el **objeto y fin** de la Ley 1600/00 y de la Convención Belém do Pará o la CEDAW; b) cuando se derive lógicamente de una norma prescripta; c) cuando la medida sea una derivación de la cláusula de reconocimiento de las garantías no enunciadas y de *derechos implícitos* (artículo 45 de la Constitución), o; d) cuando se derive de la cláusula *pro persona* de la Convención Belém do Pará (Arts. 13 y 14) o de la CEDAW (artículo 23).

El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia aún espera una jurisprudencia que haga efectiva su vigencia.